Competition Law Amendments

A Guide

86-0883/

COMPETITION LAW AMENDMENTS

A GUIDE

Minister of Consumer and Corporate Affairs
The Honourable Michel Côté

December 1985

© Minister of Supply and Services Canada 1985

Cat. No. RG 52-22/1985

ISBN 0-662-54182-0

TABLE OF CONTENTS

	Page
ROLE OF COMPETITION POLICY	1
RECENT HISTORY	2
NEED FOR REFORM	3
PRINCIPLES OF REFORM	5
LAYING THE GROUNDWORK FOR REFORM	6
COMMITMENT TO REFORM	8
MAJOR PROVISIONS OF THE BILL	9
International Competition	9
Adjudication	10
Investigatory Powers	13
Merger	15
Prenotification of Mergers	19
Abuse of Dominant Position	21
Systematic Delivered Pricing	24
Conspiracy and Related Matters	26
Banks	30
Crown Corporations	32
CONCLUSION	34

ROLE OF COMPETITION POLICY

Canada's law on competition sets up a framework or "rules of the game" for the operation of business in Canada. The rules are currently embodied in the Combines Investigation Act. The purpose of this legislation is to ensure that firms compete with one another on a fair basis and to ensure that markets operate effectively. For this reason competition law is of fundamental importance to our mixed economy of public and private entreprise. This law seeks to eliminate certain practices in restraint of trade, and to overcome adverse effects of lessening competition that tend to prevent the economic resources of Canada from being used efficiently. Its provisions do not interfere with the conduct of business but rather protect the competitive process. An effective law reduces the need for direct government intervention in the economy. To the extent that the law is clear and understandable, it will encourage greater compliance. To the extent that it is enforceable, it will represent an effective deterrent to anti-competitive conduct.

Competition is not an end in itself but is the most effective stimulus to efficiency, productivity, and Canadian industrial growth. Consumers benefit directly from increased competition. It results in lower prices, increased choice and better quality, while rewarding innovation and initiative. Effective competition also ensures that markets perform their basic function of allocating resources efficiently, thereby reducing the need for direct government intervention.

The importance of the role of competition was recently reaffirmed by the Royal Commission on Economic Union and Development Prospects for Canada. In its Report the Commissioners recommended placing greater reliance on market forces to fuel a sustained recovery and economic growth. They also recognized that competitive markets reduce the need for direct government intervention and regulation. The Commissioners went on to say that it is in the ultimate interests of all Canadians to reform Canada's outmoded competition policy and it made recommendations consistent with the amendments being proposed by the Government.

RECENT HISTORY

In 1969, the Report of the Economic Council of Canada on the subject of competition policy identified the need for substantial reforms to the Combines Investigation Act to ensure that market forces perform their basic function of allocating resources in an efficent and impartial manner. Among the changes recommended by the Report were the shifting of merger and monopoly (abuse of a dominant position) from a criminal to civil law and the creation of a specialized tribunal to adjudicate civil matters. The ensuing debate on the substance and form of amendments necessary to strengthen and modernize the law has continued unabated over the 16 years since the Report was published.

In 1976, amendments came into force which dealt primarily with selected trade practices and extended the application of the Combines Investigation Act to services. The more substantive and controversial provisions were left essentially untouched by those amendments. There were four failed attempts under previous governments to amend the more substantive provisions of our competition law. Three of these, Bill C-256 (1971), Bill C-42 (1977) and Bill C-13 (1977-79) were met with organized opposition from the business community. Extensive consultation with the private sector and provincial governments preceded the introduction of Bill C-29 in 1984. This Bill also died on the order paper.

NEED FOR REFORM

Much has changed since the 1960s. The country has gone from a period of steady-state economic growth, through a period of double-digit inflation, to a period of uneven economic growth and pervasive unemployment. During this time, the world economy has become intensely competitive. Thus, the need for a comprehensive reform of Canada's outmoded competition law has become even more pressing.

Recent jurisprudence under the present merger and conspiracy provisions has created an undesirable degree of uncertainty in the law and has raised very real questions about the enforceability of these provisions. In addition, the Supreme Court of Canada decision in the Southam case found that the search and seizure power under the Act was of no force and effect because it infringed the Canadian Charter of Rights and Freedoms' protection against unreasonable search and seizure. The Southam case has also raised questions regarding the constitutionality of both the other investigatory powers under the Act and the multiple roles of the Restrictive Trade Practices Commission (RTPC) as investigator and adjudicator. These developments dictate the urgent need to reassess the role of the RTPC and to bring the investigatory powers under the Act in line with the rights embodied in the Charter while maintaining their effectiveness.

One of the long standing weaknesses in the basic structure of the Act is the assessment of complex economic activity in a criminal law setting. The treatment of mergers and monopolies in the context of criminal law has long been considered inappropriate. Under the amendments, these matters will henceforth be adjudicated under a civil law framework where the adjudicator can issue remedial orders that will maintain or restore competition in a market. Under the current criminal jurisdiction, although order making powers are available in extraordinary circumstances, the normal penal powers of fine and imprisonment are ill-suited to the Act's objective of maintaining and restoring competition. The adjudication of civil matters by a specialized Competition Tribunal will permit more sophisticated judgement, a better understanting of the business reality, a more flexible process, and, above all, timely decision-making, which is consistent with the policy underlying the Act. Removing the criminal burden of proof should also improve the enforceability of the merger and dominance provisions.

Also, consistent with the Government's policy of improving the efficiency of Crown corporations either by privatization or by exposing them to market forces on the same basis as firms in the private sector, the application of the Act will be broadened to include Crown corporations, agents of Her Majesty, which engage in commercial activity in competition with other firms.

In the interest of rationalizing the Government's overall competition enforcement effort, the responsibility for investigating anti-competitive agreements and mergers among banks will be transferred from the Inspector General of Banks to the Director of Investigation and Research.

This Bill changes the name of Canada's competition law from the Combines Investigation Act to the Competition Act. It also clearly establishes the role of economic efficiency and international competition in competition policy in Canada. These important considerations are recognized at the outset in the purpose clause of the new legislation. The Bill takes account of the importance of international trade by removing certain impediments in the law which discourage the formation of export consortia. There is also widespread recognition of the need to consider the implications of international trade in the assessment of mergers that may have anti-competitive effects.

The relatively small size of the Canadian market and the overall importance of international trade to the economy dictates that certain industries have to be concentrated in order to achieve scale or other efficiencies necessary to compete in world markets. However, the trend toward increasing concentration historically has been a cause for concern, and many industries are protected from competition by high economic and institutional barriers to entry, such as high tariffs. The Bill brings the law into focus with current economic realities so that it is better able to deal with the implications for Canadian industry of foreign competition in Canada and competition in world markets.

Consumers and small business are among the prime beneficiaries of an effective competition policy. These two groups are afforded little protection from anti-competitive conduct on the part of large, dominant firms under the existing legislation. The Bill strengthens the law and makes it more effective, thus ensuring fairness in the marketplace. This will benefit consumers and will maintain and encourage the drive and initiative of the small business sector, which has the greatest potential for job creation.

PRINCIPLES OF REFORM

In undertaking this reform, the Government has been guided by a number of underlying principles.

Competition legislation should provide a general framework to ensure that markets perform their basic functions of allocating resources to their best use among competing alternatives. By strengthening the role of market forces, the law should encourage economic efficiency and reduce the need for direct government intervention.

The law has to recognize the unique characteristics of the Canadian economy, especially the overall importance of international trade. An effective competition law should enhance the international competitiveness of the Canadian economy by promoting economic efficiency and strengthening the role of market forces. The role of the Competition Act is to help Canadian business to meet the economic challenges of the world economy.

Ensuring that the rules of the game are well understood and fair is a crucial aspect of this legislative reform. Improvments over previous proposals at times appear to be a mere change of words, but they can provide greater clarity for the business community and help to avoid involuntary non-compliance with the law. This also involves removing certain ambiguities that have developed in competition law as a result of a number of recent court decisions. Finally, in keeping with the Government's priority on fairness, there is a need to remove the immunity from prosecution that agent Crown corporations, engaged in commercial activity in competition with other firms, currently enjoy.

Parliament has long recognized the need for special investigatory powers to deal effectively with competition matters. However, as stated by the Supreme Court decision in the Southam case, certain procedural safeguards have to be met in order to satisfy the protections embodied in the Canadian Charter of Rights and Freedoms. There is also a very real need to reassess the adjudication of the non-criminal matters under the Act to ensure that the adjudicator has the economic and business expertise to deal with competition issues and yet still provide procedural fairness and consistency in decision-making.

However, amendments should be restricted to the essential areas of competition policy in greatest need of reform.

Finally, the law has to be effective and enforceable. In part, this principle reflects the other principles guiding the Government in undertaking this reform. In particular, providing adequate investigatory powers and clarity and certainty in the law are very important to the long term sucess of this reform. This will ensure that anti-competitive behaviour is dealt with in an appropriate fashion and, more importantly, heighten the degree of compliance with the law.

LAYING THE GROUNDWORK FOR REFORM

The Government has spent the past year conducting a comprehensive review of current competition policy and past proposals to amend the legislation. The aim was to conclude the protracted process of revising the Act while ensuring that all of the issues received a proper airing with interested parties. This Bill is now being introduced only after lengthy, thorough, and valuable consultations with the provincial governments as well as the business, consumer, legal and labour communities and other interested parties.

Following the November 1984 Speech from the Throne, the Minister initiated an intensive consultation process with a broad range of interested parties. At the outset, this consisted of meetings with interested parties and private interest groups to discuss the various areas addressed by the law and the policy options available. In March 1985 a Consultation Paper, which identified major issues for discussion and commentary, was distributed to a broad range of interested parties and over 100 briefs and numerous letters were submitted in response. The high quality of these briefs reflected careful consideration of the issues and a genuine public policy approach to the reform. In April, the Minister of Consumer and Corporate Affairs struck an Advisory Committee of respected businessmen, lawyers and experts from the private sector to discuss the issues involved in this reform. The following month, he also met with anti-trust officials from Britain and the European Economic Community.

Starting in June 1985, the Minister and departmental officals undertook extensive discussions with, among others, representatives from the following major private interest groups: Business Council on National Issues; Consumers' Association of Canada; Canadian Chamber of Commerce; Grocery Products Manufacturers of Canada; Canadian Manufacturers' Association; Canadian Bar Association; Petroleum Marketers' Association of Canada; Canadian Federation of Independent Business; Canadian Bankers' Association; and Canadian Federation of Independent Petroleum Marketers.

These discussions produced significant improvements over previous proposals and a broader base of support for this initiative. There is now substantial support from all interested parties for bringing the protracted process of revising Canada's competition law to a speedy and successful conclusion.

In February and September 1985, the subject of competition policy reform was discussed at Federal-Provincial-Territorial meetings of Ministers of Consumer and Corporate Affairs. Following the distribution of the Consultation Paper in March, many of the provinces submitted briefs in support of the reform or otherwise indicated their support. Moreover, through the two general meetings in February and September, and through subsequent bilateral discussions, it was possible to resolve

the concerns that had been earlier expressed regarding, among other things, bringing Crown corporations under the application of competition law. Overall, the provinces have strongly endorsed the reform of the legislation.

COMMITMENT TO REFORM

The reform of Canada's competition law is long overdue. The Government has recognized the importance of the objectives of competition policy in the Speech from the Throne, the Budget, and by its proposals and initiatives in reforming transportation and financial institution. Canadian competition law should reflect these objectives.

The Government is committed to the passage of amendments that will ensure fairness in the marketplace for consumers and small business, reduce the need for government intervention and enhance the ability of Canadian business to meet foreign competition both at home and abroad. This is a key economic policy which complements the Government's broader policy of placing greater reliance on the private sector for economic renewal and sustained growth. An effective, up-to-date competition law will promote economic efficiency and innovation, and will have a positive impact on Canada's export performance, all of which will promote job creation. The proposed reform of competition policy also complements the Government's policies on regulatory reform and the exposure of Crown corporations to market forces.

MAJOR PROVISIONS OF THE BILL

INTERNATIONAL COMPETITION

In industries where goods and services flow freely across Canadian borders, international competition can act as a competitive discipline on Canadian producers. One of the Government's objectives throughout the process of formulating the proposals in the Bill has been to recognize in the law the overall importance of international trade to our economy. The Macdonald Commission Report has also stressed that "whenever possible, Canada should rely on international trade to ensure the maintenance of dynamic competition in the domestic market-place."

The Bill recognizes the importance of international competition in a number of fundamental respects. First, the purpose clause sets out a general framework for interpreting the legislation, highlighting the importance of creating opportunities for Canadian participation in world markets as well as recognizing the role of foreign competition in Canada.

The currrent merger law does not take specific account of international trade, focussing instead on the broadly based concept of public detriment. In contrast, the new test in merger takes specific account of the existence of, or potential for, competition from foreign imports in assessing the effect of the merger on competition. Another factor to be considered by the Tribunal in the assessment of the effects of a merger will be the barriers to entry in the relevant market. Barriers to entry may include tariff and other institutional restraints on entry such as licensing requirements. This takes account indirectly of the pressures on domestic competitors by foreign imports. The Tribunal will also be directed to consider whether the gains in efficiency which may be raised in the defence of a merger will result in increased exports or increased import substitution.

Two other provisions in the Bill recognize the importance of international trade to the performance of the Canadian economy and the maintenance of dynamic competition. The export exemption to conspiracy will be broadened to enable Canadian firms to compete more effectively in the international market by more easily entering into export consortia. In addition, a new exemption to conspiracy and exclusive dealing will be created to facilitate the formation of specialization agreements for Canadian firms to rationalize production in response to foreign competition. Under the proposed provision, the Tribunal would be directed to consider whether the gains in efficiency from such agreements would result in an increase in exports, or import substitution.

ADJUDICATION

Adjudicative Structure in the Present Act

Adjudication under the Combines Investigation Act is presently divided between the regular courts and the Restrictive Trade Practices Commission (RTPC). The courts have jurisdiction over the criminal matters in Part V of the Act; this includes conspiracy, bid-rigging, merger, monopoly, price discrimination, price maintenance, and misleading advertising. The courts also have jurisdiction over Part VI of the Act which sets out other offences such as obstructing an inquiry or failing to comply with an order or subpoena. The RTPC has jurisdiction over the civil reviewable matters under Part IV.1, which includes refusal to deal, exclusive dealing, tied selling and market restriction. In addition to its adjudicative function under the Act, the RTPC is authorized to carry out a number of administrative or investigative tasks such as the authorization of investigatory powers (recently declared unconstitutional by the Supreme Court in Southam), conduct of examinations of witnesses by the Director in the course of an inquiry, review and report on statements of evidence, and conduct research inquiries into the state of competition in a market or industry.

Need for Reform

The Economic Council of Canada's 1969 Interim Report on Competition Policy stated that any shift of competition policy legislation out of the criminal law should be accompanied by the formation of a specialized tribunal to adjudicate these matters. In their 1976 Report, Lawrence A. Skeoch and Bruce C. McDonald endorsed this view but stressed the need for the adjudicator to be separate from departmental policing and policy making functions. This conflict in roles has also been the subject of comment recently by the Supreme Court of Canada.

In the Southam case, the Supreme Court decided that the investigatory functions of the RTPC, such as the power to gather evidence through hearings and to direct further investigation, impaired its ability to act as an impartial adjudicator in authorizing search and seizure. This finding, which was made under the Charter of Rights and Freedoms, signalled a need to create an adjudicative body which would be free of the dual roles of investigation and adjudication that the RTPC has carried out in the past.

The issue of adjudication of competition matters has been the subject of much discussion over the long history of competition law reform. Many interested parties have proposed reliance on the ordinary courts to adjudicate competition matters. One factor often cited in support of the courts is their ability to produce consistent results with clear and full rights of appeal. Others have expressed a preference for the use of a specialized tribunal because it would provide greater potential for expertise in economics and business, and

would permit more scope for response by the decision maker to social and economic change. In particular, lay experts are better able to reflect the reality of the business world.

On balance, the Government believes it is more appropriate that these matters be adjudicated by a highly judicialized tribunal. This hybrid will allow the use of expert lay persons as well as judges in the decision-making process. Nevertheless, the Government agrees that it is very important to have in the law an adjudication system that ensures the impartiality, due process and certainty which is associated with the courts.

New Provision

The Bill will create a Competition Tribunal that will be composed of judges from the Trial Division of the Federal Court and lay persons. A judge will chair the Tribunal. The judges appointed will continue to perform their judicial duties when they are not engaged in activities related to the Tribunal. The lay members will be remunerated on a per diem basis and, therefore, will be used only when there are cases before the Tribunal. The Restrictive Trade Practices Commission will be abolished as a results.

The Tribunal's functions will be strictly adjudicative. It will have no role in supervising the investigative powers of the Director, initiating investigations or providing research of policy advice to the Government. As a result, section 47 of the present Act, which permits research inquiries, will be repealed. In the future, should situations arise where research inquiries into the state of competition in a particular industry are necessary, the Government can rely on the general provisions of the Inquiries Act for creation of an ad hoc Commission of Inquiry.

The judges alone will be able to determine questions of law. The lay members will participate, along with the judges, in determining factual matters as well as questions of mixed fact and law. This proposal is not dissimilar to the Market Court of Sweden and the Restrictive Practices Court of the United Kingdom.

Appeals from decisions of the Tribunal will be heard by the Federal Court of Appeal as if they were decisions of the Trial Division of the Federal Court.

Appointments to the Tribunal will be made by the Governor in Council. Judicial members will be appointed by the Governor in Council upon recommendations from the Minister of Justice. The lay members will be appointed by the Governor in Council upon recommendations from the Minister of Consumer and Corporate Affairs. Prior to making these recommendations, the Minister of Consumer and Corporate Affairs will consult a Statutory Advisory Committee composed of representatives of both the big and small business communities, lawyers, consumers and

labour. In addition, the Bill attempts to ensure expertise in the Tribunal and the Advisory Committee by specifying that the individuals appointed to the Committee are experienced in industry, commerce, and public affairs.

In conclusion, the Government believes that the hybrid Competition Tribunal achieves the best features of both the regular courts and specialized tribunals. The proposal has a broad measure of support among those consulted.

INVESTIGATORY POWERS

Role of the Provision

Effective enforcement of competition legislation is difficult to achieve. Business conduct which contravenes the Act is frequently sophisticated, well-concealed and carried on systematically over a lengthy period of time. The principles underlying the design of the original legislation in 1910, and through successive modifications to its present form enacted in the early 1950s, relate to the need for development of an effective process for investigating such matters. The investigative powers of the Director of Investigation and Research must be adequate to determine whether an offence has been committed or whether grounds exist for making an order under the civil provisions.

In addition to the difficulties of detection, competition matters are characterized by unique enforcement problems. Because inquiries under the Act often involve assessing a firm's behaviour against the probable economic effects of the conduct, the analysis is unusually complex and often prospective. Sufficient information, including documentary information, must be available for the enforcement agency to make informed decisions. This process is complicated further when proof of intent is required, or the criminal burden of proof (beyond a reasonable doubt), must be met. Consequently, enforcement of legislation involving these critical factors requires effective investigatory powers. These include the powers to search premises and seize documents, require written returns of information and affidavit evidence, and subpoena witnesses to give oral testimony or produce documents.

Need for Reform

The need to re-examine the investigatory powers under the Act has become increasingly evident for two reasons. First, the Supreme Court decision in the Southam case struck down the search powers under the Act. Second, decriminalization of certain types of conduct which may have anti-competitive effects and the significantly broader scope for economic evidence under the civil provisions of the new proposals have raised new and important questions regarding the adequacy of the investigatory powers under the Act.

The enactment of the Canadian Charter of Rights and Freedoms has generated several challenges to the constitutionality of the present investigative powers. In the Southam case, for example, the Supreme Court of Canada held that the search power under section 10 of the Act was of no force or effect since it was inconsistent with the Charter's protections against unreasonable search and seizure. While the search and seizure provisions of the Criminal Code are being used at the present time, these provisions are not available to enforce the civil provisions of the Act. The power to subpoena witnesses under section 17 was subjected to scrutiny in the NHL and Business Forms cases. These

developments, and other litigation on such matters, dictate the urgent need to introduce effective powers which conform with the rights embodied in the Charter.

In Southam, the court also determined that the investigative functions of the RTPC -- such as the power to gather evidence through hearings and to direct further investigation -- impaired the ability of the RTPC to act as an impartial, judicial body in authorizing the exercise of search powers. As such, new authorization procedures had to be devised to ensure that such questions were heard by an impartial adjudicator. In recreating the investigatory powers, the Government has attempted to balance the need for a full inquiry to allow effective enforcement with the need to protect the public's right to a reasonable expectation of privacy and, in particular, freedom from unreasonable search and seizure.

In addition to restructuring the search powers, changes will also be made to the subpoena powers. This results in a cohesive package, designed to ensure effective enforcement of all aspects of our competition laws, while protecting the rights and freedoms embodied in the Charter. The most significant areas where this balance must be addressed include the choice of an authorizing authority, the enunciation of a standard for the issuance of warrants and subpoenas, and for the supervision of the hearing process in which oral testimony is given prior to the institution of formal proceedings against an individual or corporation.

New Provision

The proposals in the Bill provide a completely revised codification of the investigation provisions contained in the present Act. They include the power of search and seizure for criminal and civil investigations, the power to order hearings before a presiding officer, the production of documents and returns of information under oath.

All these provisions will contain safeguards that go beyond the minimum standards laid out by the Charter and common law. For example, only judges of superior, county or district courts will be authorized to supervise the exercise of any investigative power. In addition, there will be a requirement to have, prior to the issuance of search warrants, reasonable grounds to believe that evidence relevant to an inquiry is on the premises to be searched. There will be similar safeguards regarding the issuance of subpoenas to witnesses and orders for the production of documents.

There will be specific provisions for placing terms and conditions of the use of computers during searches.

There will also be a codified procedure for the protection of solicitor/client privilege. As well, the rules respecting confidentiality of inquiries and information obtained by the Director will be strengthened.

MERGER

Role of Merger Law

In 1969 the Economic Council of Canada in its Report on Competition Policy stated, "the basic reason for public policy to be concerned with mergers is that in the majority of cases they result in permanent changes in the structure of industry -- changes that may have important implications for the future performance of the economy." The Macdonald Royal Commission's recent Report on the Economic Union and Development Prospects for Canada concluded that "a modern market economy should have available to it, under civil law, the means to prohibit horizontal or vertical mergers that are contrary to the public interest." However, the Commissioners also emphasized that "wherever possible, Canada should rely on international trade to ensure the maintenance of dynamic competition in the domestic market-place."

A new merger law for Canada should ensure that only mergers that result in an unacceptable lessening of competition, and therefore harm the overall performance of the economy, could be prohibited or modified by the Competition Tribunal. While the law should not be overly restrictive, stopping mergers that, on balance, result in great gains in efficiency, it has to be effective and must protect the public interest in a competitive and efficient marketplace.

The major problem is that a specific structural change, such as a merger between two competitors, may be either beneficial or detrimental to the economy and the real impact of the transaction may not be known for quite some time. This is particularly true in Canada where the market is relatively small and becoming increasingly open to import competition. In some industries, firms may have to merge to achieve economies of scale and other efficiencies already experienced by their larger foreign rivals. At the same time, many industries in Canadian markets are not subject to the discipline of foreign rivals. In other cases, a merger may unnecessarily eliminate or reduce the number of outlets or sources of supply and may lead to a lessening of competition. Thus, the effects of a merger cannot be presumed to be either beneficial or detrimental. Rather, a broad range of factors must be considered such as the international trading environment, barriers to entry and the nature of the relevant market. Therefore, a merger law should allow for the consideration of all relevant factors needed for an effective assessment, on a case by case basis, of future economic effects.

This is an essential part of an effective competition policy for Canada. Without an effective law on merger, the performance of the economy, over the long run, suffers. Notwithstanding that some competition may remain in a market after a merger has been completed, the economy is harmed when a merger substantially lessens competition. To the extent that a merger may result in efficiency gains, which more than offset the costs stemming from the lesening of competition, mergers in certain industries that lessen competition may, on balance, be

beneficial to the economy. Consequently, an appropriate merger law for Canada should focus on the economic effects stemming from the merger itself as opposed to establishing a minimum standard of competition remaining in a market after a merger has been completed.

Need for Reform

The current Canadian merger law is generally considered to be ineffective. There has never been a conviction in a contested merger case in the 75 year history of the law. Indeed, because criminal law is so difficult to apply in this context, the Crown has brought before the courts only eight cases involving a charge of illegal merger since the provision was enacted. This situation may have arisen from the onerous criminal law burden of proof, beyond a reasonable doubt, which is not suited to the examination of complex economic evidence and the determination of effects, which are often prospective in nature.

A simple switch to civil law, however, would not be enough to reform the law. The existing merger provision is considered to be unsuitable for the Canadian economy, which is small and open. Canadian firms often have to compete with larger foreign rivals both at home and abroad. In these circumstances, they should not be prevented from obtaining economies of scale which improve their competitive position. An effective merger law for Canada must weigh the advantages of economic efficiency against the disadvantages of a lessening of competition.

However, many Canadian industries, such as many service industries, are not exposed to foreign competition because they are protected by high institutional or economic barriers to entry. Some mergers cannot be justified by the need to compete with larger foreign rivals and may be more detrimental to Canadian interests when potential or effective competition from outside the country is not available to maintain efficiencies among domestic firms. Therefore, the competition test in merger must reflect the Canadian trading context.

New Provision

The merger law proposed in the Bill is based on the effects of the merger itself -- whether a merger substantially lessens competition. This is the test used in the merger laws of most industrialized nations including the U.S. and Japan. In deciding whether competition would be lessened substantially, the Tribunal is directed to consider a number of specified factors such as: the extent of foreign competition in the market affected by the merger and whether it acted as a sufficient discipline on the market, whether the acquired party was about to fail, the availability of substitutes and the barriers to entry into the particular market. These criteria have been included so that the provision will be easily justiciable and so that the business community will be able to anticipate the legal status of a prospective merger to the greatest extent possible before the merger takes place.

In addition, the Tribunal would not be permitted to find that a merger substantially lessens competition solely on the basis of evidence of market share or concentration. This provision is designed to ensure that the Tribunal's consideration is more than a mere mechanistic process and focusses on both the qualitative and quantitive aspects of competition, thereby avoiding an overly structuralist approach to the law. Competition is a dynamic process, and merely adding up market share, after the merger, in some circumstances may tell little about the effect of a merger on competition.

The new merger law will also provide a defence in situations where the gains in efficiency that would result from the merger would more than offset the costs due to the lessening of competition. It is important for the performance of the economy that significant cost savings brought about by mergers, for example, through scale economies or other efficiencies, be allowed. Moreover, the Tribunal will be invited to consider whether the gains in efficiency result in increased exports or increased import substitution.

During the course of consultations on proposals to amend the law, a number of interested parties advanced the view that the competition test for mergers should focus on whether substantial competition would remain after the merger. This aproach would create a minimal acceptable standard for competition in all industries and would not have regard to the actual lessening of competition resulting from a merger. Since more competition is preferable to less and because of the difficulties in meeting such a test, the Government believes that the adoption of such a proposal would be tantamount to leaving the merger law in its present state. No other country uses a "no substantial competition remaining test". Under such a test, most horizontal mergers would be unaffected by the law because of potential or foreign competition, and it would be almost impossible to block vertical mergers. Mergers that substantially lessen competition, but do not create an absolute monopoly, would be allowed. That result is clearly unacceptable and not in keeping with the primary objective of strengthening the merger law of Canada.

Joint Ventures Another issue that has arisen during the course of consultation is the treatment of joint ventures under the merger law. This is a difficult question, primarily because the concept of "joint venture" is inherently imprecise. Nevertheless, it is recognized that joint ventures often expand output and production in the economy and, therefore, may bring about desirable commercial and economic results. On the other hand, it is possible that joint ventures could be used as a means of lessening competition or allocating markets, in which case these restrictive effects should be subject to competition law. The proposals will subject those joint ventures which have the potential for lessening competition to the same law as other mergers.

A large number of joint ventures occur in the natural resources and petroleum sectors of the Canadian economy. This may be due to the high costs and risks associated with undertaking exploration and

development. Moreover, because programs of research and development are very important to the overall performance of the Canadian economy and its ability to compete with foreign competitors, some special recognition of joint ventures may be desirable.

In nearly every project specific joint venture, where the activity results in an increase in output from what would have otherwise taken place, the joint venture is beneficial. Since these joint ventures would not have a detrimental impact on competition, the merger provision would not apply to them in any case. However, in the interests of providing increased certainty, the proposed legislation will contain an exemption from the merger law for certain types of joint ventures. These joint ventures will have to be structured in a particular manner and pertain either to a special project or to a program of research and development where the joint venture terminates on the completion of the project or program.

PRENOTIFICATION OF MERGERS

Role of the Provision

The present Act does not have a prenotification provision for proposed large mergers, although such provisions already exist in the United States, Japan, West Germany and Australia. A new merger provision without the adjunct of mandatory prenotification would not be nearly as effective in dealing with potentially anti-competitive mergers. The 1977 Report of the Standing Committee on Finance, Trade and Economic Affairs, upon reviewing Bill C-42, commented: "Experience in other jurisdictions and, in particular, the United States, indicates that once consummation occurs, it is often too late to obtain meaningful relief even if the merger is ultimately found to be anti-competitive."

A successful merger law must halt the creation of anti-competive situations having the potential of increasing price and/or restricting output at less than competitive levels. The purpose of prenotification is to ensure that a thorough and timely review is made of those relatively small number of mergers that are likely to have an adverse effect on competition. If these mergers were allowed to proceed without prior notification, consumers could be placed at a disadvantage through a reduction in choice and potentially higher prices. Dissolution of a merger found to adversely affect competition after it has been completed results in a further misallocation of resources and subjects third parties to the risk of injury. The parties to the merger itself face the risk and uncertainty of costly post-merger proceedings. Subjecting parties to proposed large mergers to a prenotification provision will enable both the buyer and the seller to make reasoned decisions at an early point in time and consider the implications of the proposed transaction in light of the merger provision.

New Provision

Parties to a proposed merger will not be obliged to fulfill the mandatory prenotification requirement unless they exceed two thresholds. First, the parties, together with their affiliates, must have total assets, or total annual revenues from sales in or from Canada, of over $500 million. The second threshold relates to the size of the proposed transaction itself. The Bill proposes a transaction or target threshold of $35 million in sales or assets. There is also a list of exemptions, including acquisitions resulting from a foreclosure and transactions between affiliates. Although the provision has been designed to be self-enforcing, sanctions are available for non-compliance.

Parties to a proposed transaction will have to wait seven or twenty-one days before they can complete the merger. This will be at the option of the parties, depending on whether the long or short form information requirements are supplied to the Director. The 21 day waiting period may be invoked by the Director if, in his discretion, he

requires the long form of information. However, once the long form information requirements have been supplied, the Director does not have the discretion to compel the parties to supply further information or to wait longer. A specific provision will be provided for shares acquired through a stock exchange to ensure that the waiting period does not conflict with the period allowed by the exchange rules before the shares must be taken up.

The prenotification provisions of past proposals have been criticized for being too complicated and convoluted. This Bill has clarified the provision largely through making its presentation more orderly and systematic. Nevertheless, merger prenotification is necessarily an area of some complexity. There exists a choice between simplicity on the one hand and completeness on the other. The proposed provisions strike a balance between these two objectives.

In an effort to remove any bias in favour of one method of merging over another, the transaction threshold is based on revenue, and assets, or the underlying value of assets being acquired in a share transaction. Providing for a prenotification threshold that is transaction neutral ensures that transactions will not be restructured so as to avoid the requirements to prenotify.

ABUSE OF DOMINANT POSITION

Role of the Provision

To remain competitive in the increasingly integrated world market, Canada must continue to develop world class corporations. In some industries this will involve firms becoming very large relative to the small domestic market. While large corporate enterprises can harness economies of scale in areas such as production, distribution and research and development, their size relative to the size of the market can sometimes reflect market power which may be used to lessen competition.

Anti-competitive behaviour on the part of dominant firms imposes artificial restraints on the competitive process, impeding the market from efficiently allocating resources. In a healthy, dynamic economy, goods and services are supplied by the firms which can produce them most efficiently and adapt to the ever-changing demands of the marketplace. The proposed abuse of dominance provision will ensure that dominant firms compete with other firms on merit, not through the abuse of their market power. The provision is of particular importance for the protection of consumers, new entrants and, in particular, the small business community.

Need for Reform

It is proposed to replace the criminal offence of monopoly in section 33 of the existing legislation with a civil abuse of dominance provision. The monopoly provision has proved to be unsatisfactory for several reasons. First, like merger, the conduct the section seeks to proscribe is not generally considered criminal in nature. This problem is compounded by the prospective nature of many of the effects associated with monopolistic behaviour.

Second, the existing monopoly provision is not clearly aimed at the heart of the problem: anti-competitive conduct. The definition of monopoly in the Act describes a situation where one or more firms control a market and operate, or are likely to operate, such business to the detriment of the public. Unfortunately, public detriment is an extremely vague standard which gives the courts little guidance as to what conduct Parliament intended to censure. In addition, this standard allowed arguments to be made which were totally unrelated to competition and abuse of market power. By focussing on anti-competitive conduct, as opposed to the notions of monopoly and public detriment, the law will become clearer, more effective and enforceable.

Third, the normal sanctions available under criminal law are not appropriate to deal with abuses of market power. Under civil law, the adjudicator can tailor its orders to the specific conduct of the offending firm. These are likely to be the most effective methods for correcting the firm's behaviour and restoring competition in the market.

New Provision

The proposed abuse of dominance provision creates a civil reviewable matter which provides for remedies when dominant firms are engaging in anti-competitive conduct. This provision places greater emphasis on behavioural considerations. The provision is structured to ensure that it does not create an impediment to aggressive, pro-competitive behaviour. In particular, the practices under scrutiny must have an anti-competitive object. However, a defence based on superior competitive performance has been included.

The elements to be proved are as follows. First, "one or more persons" must substantially or completely control a class or species of business in Canada or any area thereof. This is based on the definition of monopoly in the existing legislation. The Bill, by retaining the words "one or more", will continue to allow the application of the law to behaviour engaged in by unaffiliated persons. This means that in some circumstances the section would apply to so-called "joint dominance" situations.

Consideration was given to restricting the application of the law to a single firm with an appropriately lower threshold of market power such as "dominant market position". During the course of consultations, support was expressed for both alternatives. However, there are very few industries in Canada in which only one firm controls its market. Consequently, it was determined that "joint dominance" combined with a "substantial or complete control" test would provide greater protection for small business and consumers.

Second, the dominant firm must engage in a practice of anti-competitive acts. Moreover, the practice must have as its object the lessening of competition. A list of acts is provided to illustrate the type of conduct which may be considered by the Tribunal to be anti-competitive, such as: the squeezing of profit margins of vertically integrated customers, the use of fighting brands and freight equalization. The list is non-exhaustive so that acts of like character can be held to be anti-competitive by the Tribunal. All of the listed acts include consideration of the purpose, object or design of the dominant firm to ensure that the censured conduct is not, in fact, reasonable competitive behaviour.

Third, the practice of anti-competitive acts must have had, be having or be likely to have the effect of preventing or lessening competition substantially in a market. This test is used elsewhere in the existing legislation and in the new merger proposal.

In addition, a defence is provided ensuring that no order will be made when the lessening of competition occurs as a result of superior competitive performance of the dominant firm or firms. The consumer benefits when product innovation or improved distribution systems result in a firm outdistancing its rivals in the marketplace. If competitors

fall from the market because a dominant competitor is more effective in meeting consumers needs, this is not an abuse of market power, but rather a natural consequence of the competitive process. The defence is included to ensure that only abuses of market power are subjected to the law.

The discretion available to the Tribunal in respect of abuse of dominance will be restricted to remedies sufficient to overcome the effects of the anti-competitive practices and restore competition in the marketplace. This will ensure that competitive forces are efficiently allocating resources to their proper and most effective use. In many cases, the Tribunal may choose simply to prohibit continuation of the practices in respect of which the Director has brought an action. However, if this is considered to be insufficient, provision is also made for orders requiring partial divestiture or any other remedial measures necessary to restore competition in the market when the effect on competition has already occurred.

SYSTEMATIC DELIVERED PRICING

Need for Reform

The present legislation does not contain a specific provision that can deal with the competition problems associated with delivered pricing arrangements. Under this type of pricing arrangement, the supplier of a product may divide the overall market into zones in which different prices are charged. The supplier may legitimately do this because it faces more competition in a particular zone, and will absorb freight costs in order to compete in that geographic location. However, by charging freight rates in other zones higher than the actual cost, the supplier can extract prices above competitive levels and coordinate its pricing based on formulas with its competition. This is what often is referred to as "phantom" freight charges.

Delivered pricing formulas or arrangements can also be used to maintain price uniformity even though the firms in the industry have never discussed or agreed on prices. In this case, delivered pricing provides a relatively simple and predictable way to communicate pricing information without running afoul of the conspiracy prohibition. Allowing customers to transport goods themselves could break down this type of pricing system. However, suppliers with sufficient market power currently can prevent this from happening. In other words, a buyer may be forced to pay the supplier freight costs from one location even though he would be able to go to another location, buy from the same supplier, and pay his own shipping costs, all at an overall cost that is lower.

New Provision

The Bill will create a new civil provision that will deal with delivered pricing. The provision will define "delivered pricing" to be the practice of refusing a customer delivery of an article at any location where the supplier makes delivery of the same article to other customers on the same trade terms. The Competition Tribunal will be empowered to prohibit a person from engaging in the practice of delivered pricing when a customer, or a potential customer, is denied an advantage that would be otherwise available and that advantage cannot be obtained elsewhere in that location.

The provision relating to delivered pricing in previous proposals was criticized because it did not contain any test relating to the state of competition in the affected markets. Delivered pricing is usually an indication of lack of vigorous competition rather than a practice whereby competition is itself lessened. For this reason, it would not be appropriate to require proof that the practice was lessening competition. However, it is legitimate to ascertain whether the practice is a reflection of ineffective competition in the particular market. Therefore, the new provision will not apply if the article in question is otherwise available in that location.

The Tribunal would not be able to make an order in respect of delivered pricing, if the person subject to the order has to undertake considerable investment in plant and equipment in order to comply with the order. For example, a supplier would not have to invest in new shipping or storage facilities to accommodate a customer who decides, after the matter has been adjudicated by the Competition Tribunal, to take delivery at the supplier's plant.

Concerns have also been expressed that the provision, in certain circumstances, could interfere with the integrity of a branded product's quality standards. Consequently, an exemption will be provided for articles that are sold in association with a trademark where it can be established that delivered pricing is necessary to maintain product quality.

CONSPIRACY AND RELATED MATTERS

The law against conspiracy in restraint of trade is the cornerstone of Canada's competition law. Agreements to fix prices, divide up markets, restrict the entry of new firms or lessen competition by other means contradict the most basic tenets of the free market system and impair the efficiency and performance of the economy. When firms are acting independently of one another in the face of market forces, the most socially beneficial outcomes in terms of prices, output, choice and innovation prevail. However, when players in the economy remove the discipline of market forces and attempt to enrich themselves at the expense of consumers and other firms through anti-competitive agreements, both the public and economy as a whole suffer. Prices exceed the competitive norm, and efficiency and innovation suffer as discipline and initiative is removed by administrative arrangements which block the free and competitive flow of market forces.

Need for Reform

In general, the present conspiracy provision has worked reasonably well. However, a number of recent Court decisions have created considerable uncertainty in the law and weakened its effectiveness. Also, there is widespread agreement that recent fines under the provision have not been sufficient to deter the formation of anti-competitive agreements and ensure that firms do not profit from their criminal conduct. It is the position of the Government that, in the interest of strengthening and clarifying the law, Parliament should restate its intention with respect to the appropriate application of, and sanctions under the provision. Finally, given the increasing importance of international trade to the Canadian economy, the exemption for export agreements needs to be clarified and expanded.

New Provision

To clarify the conspiracy provision, two subsections will be added. One will deal with evidence needed to prove the existence of an agreement. Conspiracies, by their nature, are generally secretive, clandestine arrangements. Therefore, there often tends to be little documentary evidence of such agreements.

The courts have recognized this reality and until recently they could infer the existence of an agreement from circumstantial evidence. This line of reasoning developed over many years through a consistent body of jurisprudence. However, the 1980 decision of the Supreme Court of Canada in the Atlantic Sugar case has created some uncertainty. This judgement could be read as rejecting the use of circumstantial evidence to prove an agreement unless direct evidence of communication is available.

It is proposed to add a subsection to the existing conspiracy provision clearly stating that the existence of an agreement may be proven from circumstantial evidence with or without direct evidence of

communication among or between the parties. This should remove the ambiguity that currently exists in the law. It is important to emphasize that this subsection in no way affects the onus on the prosecution to prove the existence of an agreement beyond a reasonable doubt.

The other new subsection addresses the issue of the requisite intent. Since the Supreme Court of Canada decisions in the Aetna Insurance and Atlantic Sugar cases, it has been possible to argue that the Crown must not only prove that the parties intended to enter the agreement found to exist, but that they also intended to lessen competition unduly. This interpretation of the law places an extremely onerous burden on the Crown. Previously, it had been assumed the Crown was required to prove only that the accused intended to enter the agreement. This so called "single intent" requirement is consistent with the principle that the offence of conspiracy lies in the agreement itself.

It is proposed to add a subsection to the existing conspiracy provision that would specifically phrase the law in terms of a single intent requirement. The proposed subsection states that it is necessary to prove that the parties intended to and did enter into a conspiracy. It would not, however, be necessary to prove that the parties intended the conspiracy to lessen competition unduly even though the Crown would still be required to prove that the agreement, if carried into effect, would unduly lessen competition.

It is also proposed to increase the maximum fine for conspiracy convictions from $1 million to $5 million. This will send a clear signal to the courts that Parliament considers conspiracy to be a very serious criminal offence and that offenders should be dealt with by a firm hand.

The Government believes that the individual drive and enterprise of Canadians will lead to economic renewal if their energies are harnessed by a free and competitive marketplace. Agreements and arrangements to restrict competition can only serve to stifle initiative and efficiency and to harm consumers. These proposals will strengthen and clarify the law on anti-competitive agreements and will send a clear message to the business community and the courts that their existence will not be tolerated.

Export Agreements Since 1961, the Combines Investigation Act has provided a specific exemption for export agreements in recognition of the importance of world trade to the Canadian economy. Many observers, however, have expressed the view that the present construction of the export exemption is unclear, too restrictive and may inhibit the formation of export consortia. Amendments to clarify and broaden this exemption are clearly needed for Canada to maintain and extend its position as a leading trading nation. This change is consistent with the Government's commitment to increase Canadian involvement and competitiveness in international markets.

Subsection 32(5)(d), under the existing legislation, disallows the export exemption if an agreement lessens competition unduly in relation to a product in the domestic market. The uncertainty of whether an export agreement will have spillover consequences in the domestic market may be a deterrent to the formation of export consortia. Therefore, by repealing subsection 32(5)(d), Parliament will clarify that the unintended, ancillary effects of export agreements in the domestic market do not offend the conspiracy provision. So long as the agreement relates only to the export of products from Canada.

In the present Act, the export agreement is disallowed if it results in a reduction in the volume of exports from Canada. However, if export prices rise sufficiently to compensate any reduction in volume, Canada would still be better off. Thus, the word "volume" in subsection 32(5)(a) will be replaced with "real value" because export consortia may be able to promote their products abroad such that any price increases will more than offset any reduction in the volume of shipments.

The existing export exemption to the conspiracy provision is also disallowed if the agreement restrains or injures the export business of a domestic competitor who is not a party to the agreement (subsection 32(5)(b)), or restricts any persons from entering into the field of exporting goods from Canada, (32(5)(c)). Since the focus of both subsections is on restraints on domestic competitors, the exemption will be further broadened and additional clarity will be added to the law by incorporating subsections 32(5)(b) and (c) into one subsection directed at agreements which inhibit or prevent domestic competitors from entering or expanding an export business.

Specialization Agreements The Canadian domestic market is relatively small compared to our most important trading partners. Also, many Canadian industries are characterized by firms with short production runs of several different products. For these reasons, many Canadian enterprises have not been able to take advantage of potential economies of scale in production, distribution and marketing. Hence, efficiency gains could be possible, in certain industries, through greater specialization and longer production runs. Moreover, as the global economy becomes increasingly competitive and the Canadian economy becomes exposed more directly to international trade, the need to rationalize and restructure certain industries becomes even stronger. This could be achieved by a reciprocal arrangement whereby each party agrees to discontinue producing one or more articles.

A new provision for specialization agreements in the Competition Act should enhance the economic efficiency and international competitiveness of many Canadian industries. The provision will apply to services as well as articles. The new law will exempt specialization agreements from the conspiracy and exclusive dealing provisions provided they are approved and registered by the Tribunal.

The Tribunal may approve a specialization agreement if it finds that implementation is likely to bring about gains in efficiency that more than offset the costs due to the lessening of competition. The Tribunal will be directed to consider whether the efficiency gains will increase exports or replace imports with Canadians goods and services. The provision only applies to voluntary agreements. Parties will not be allowed to coerce others to enter into an agreement.

The Tribunal can determine the time period covered by the order as no limit is specified in the provision. Also, the Tribunal may make the order conditional upon such things as a partial divestiture of assets, wider licensing of patents, a reduction of tariffs, or a removal of import quotas, if the agreement causes a lessening of competition as well as efficiency gains.

BANKS

Need for Reform

By virtue of amendments to the Combines Investigation Act in 1976, which brought services under the application of the Act, and amendments to the Bank Act in 1980, the responsibility for enforcing competition policy with respect to financial institutions was given to the Director of Investigation and Research, with the exception of bank mergers and agreements. The existing distribution of competition policy enforcement in respect of banks has been criticized as being inefficient. Consequently, it is proposed to repeal the provision of the Bank Act dealing with bank agreements and to transfer it to the Competition Act to rationalize this aspect of competition policy enforcement. In addition, bank mergers will be made subject to the Competition Act.

The Government recognizes the tremendous importance of the chartered banks to the Canadian economy. To ensure that Government policy contributes to the effective performance of the financial sector, the Honourable Minister of State for Finance released a Green Paper on The Regulation of Canadian Financial Institutions: Proposals for Discussion. These proposals are consistent with the principles indentified in the Green Paper that will guide policy formation. These include improved consumer protection and the promotion of competition, innovation and efficiency.

New Provision

While the Minister of Finance will continue to have the power to approve bank amalgamations, acquisitions and agreements, the Director will assume responsibility for enforcing competition policy in respect of banks. Section 309 of the Bank Act, which prohibits anti-competitive agreements among banks, will be repealed and enacted in a similar form in the Competition Act. Given the enormous importance of the banking sector to the economy, it is essential that the public interest is served by competition in the banking industry just as in other sectors of the economy. This can be most readily achieved by prohibiting anti-competitive agreements between or among banks. This will ensure that the interest rates and services charged by banks to borrowers and paid to depositors are determined by market forces. The new section makes certain agreements among banks illegal per se. These include agreements or arrangements with respect to the rate of interest on deposits or loans, the amount of service charges, and the amount or kind of loan or service provided to a customer. There is also a subsection that exempts particular agreements from the application of the section such as, agreements on standards, exchange of credit information etc.

Over the past decade and a half, the degree of competition between the various types of financial institutions has intensified. A variety of factors have combined to bring about this trend which is expected to continue as a result of regulatory reform, developments in capital

markets and the efforts of the financial institutions themselves to diversify into new fields of business. While it may be desirable to ensure a "level playing field" for competition policy in respect of all financial institutions, substantive changes to section 309 of the Bank Act have not been proposed at this time. Consequently, the Government believes that this issue can be best dealt with in the context of regulatory reform in the financial sector.

In addition, the merger section of the Act will apply to bank amalgamations by repealing the existing exemption to the Combines Investigation Act in sections255 and 273 of the Bank Act. However, in recognition of the special role played by the banks, the provision will not apply if the Minister of Finance certifies to the Director that the merger is desirable in the interest of the financial system.

CROWN CORPORATIONS

Crown corporations play a significant role in the Canadian economy. While they can be an important tool for implementing Government policy, their presence should not interfere with the efficiency and competitiveness of the private sector. With no impediments, the competitive process will move resources between industries and firms to where they are most valued. However, if all players in the economy are not bound by the same rules of the game, there will be inevitable distortions.

Crown corporations that are not agents of Her Majesty are bound by the existing legislation, however agent Crowns are not. A new provision in the Competition Act will assure that agent Crown corporations engaged in commercial activity, in competition with other firms, will be subject to the same rules as other players in the marketplace. This proposal is consistent with the Government's policy of improving the efficiency of Crown corporations by privatizing them or by exposing them to market forces on the same basis as firms in the private sector.

Need for Reform

In the recent Eldorado Nuclear/Uranium Canada case, the Supreme Court of Canada held that Crown corporations, agents of Her Majesty, are not subject to the Combines Investigation Act. Consequently, two of the six firms charged with violating the conspiracy provision of the Act could not be prosecuted. Although the majority of the Court felt bound by the Interpretation Act, they concluded that the result "seems to conflict with the basic notions of equality before the law."

The Government agrees this is an untenable situation which must be remedied by a change in the law. The position of the Government is that commercial Crown corporations must be responsible before the law to the same extent as are firms in the private sector. In many circumstances, the day to day operations of Crown corporations have little directly to do with Government objectives. Therefore, Crown corporations should be made to compete fairly with private enterprises.

New Provision

A new section will be added that will make the Competition Act binding on federal and provincial Crown corporations, agents of Her Majesty, in respect of their commercial activities that are in competition with other firms.

The section does not mention the commercial activities of Crown corporations that are directly associated with their regulatory activities, as did the previous proposal. The exemption in previous proposals was intended to exclude the supervisory regulatory activities of Crown corporations, such as the Canadian Wheat Board and Canadian Dairy Commission, from the application of the Act. However, public

comment on the section indicated that it created some uncertainty and ambiguity in the law.

The regulated conduct exemption, as it has developed through jurisprudence under the Act, is quite adequate to ensure that Crown corporations, that are either regulators themselves or are subject to effective regulation would not be brought within the ambit of the legislation. This is particularly so since the purpose of the provision is merely to remove the immunity that agent Crowns enjoy, in the absence of explicit legislation, from being a party to court proceedings. It is in no way intended to affect and does not alter the jurisprudence under the Act with respect to regulated conduct, a completely separate principle.

CONCLUSION

The Government is committed to placing greater reliance on market forces and the private sector for economic renewal and, in furtherance of this objective, to passing amendments to strengthen and modernize Canada's competition law. Over the past year, the Government has conducted an intensive review of competition policy legislation in consultation with groups and individuals representing most facets of Canadian society. The result of this process is a package of amendments that contains new proposals as well as substantial improvements to proposals in previous Bills. The report of the Macdonald Royal Commission on the economy has identified the need to reform Canada's competition laws and the basic thrust of this Bill is consistent with the recommendation of the Commission.

Competition, however, is not an end in itself. Rather, it is the best impartial allocator of resources in the economy and therefore promotes economic efficiency and fairness in the marketplace. Competition policy legislation provides an institutional framework that allows the forces of the market to be the main regulator of economic activity. The change of name to the Competition Act, highlights the importance of this law as a framework for competition policy in Canada. An effective competition law also reduces the need for direct government intervention. As the trend toward deregulation continues, effective competition law takes on added importance.

An effective competition law can have a significant impact on the ability of Canadian business to maintain existing, and penetrate new, export markets abroad and compete with import competition at home. This reform will enhance Canada's international competitiveness by promoting efficiency and strengthening market forces and by removing impediments in the existing law that discourage the formation of export consortia. Moreover, an effective competition law should increase the overall flexibility and responsiveness of the economy. As the global economy becomes increasingly competitive and the long-run decline in the effective rate of tariff protection continues, there is a very real need to reassess the provisions of Canadian competition law that could deter the rationalization and restructuring of certain industries. In furtherance of this objective, the implications of international competition will be explicitly considered in the new law.

Consumers and small business are among the prime benificiaries of an effective competition policy. Anti-competitive conduct which increases prices and restricts output or the number of competitors, or otherwise restrains or injures competition, clearly can have a very damaging effect on existing small businesses, new entrants and consumers. There is a clear need to strengthen the legislation to ensure fairness in the marketplace and maintain the drive and initiative of the small business sector which has enormous potential for job creation. The Bill will address this long-standing concern in a number of fundamental respects.

In keeping with the Government's priority on fairness, Crown corporations, agents of Her Majesty, engaged in commercial activities in competition with other firms will be brought under the Competition Act. In addition, the responsibility for investigating bank agreements and amalgamations will be transferred from the Inspector General of Banks to the Director of Investigation and Research. Rationalizing these aspects of competition policy enforcement will enhance the efficiency of the Government's overall enforcement effort.

Finally, the Supreme Court in the Southam case spoke quite clearly on the inconsistency of the search and seizure provisions of the Combines Investigation Act with the Canadian Charter of Rights and Freedoms. This decision also raised important questions regarding the constitutionality of the other investigatory powers under the Act. The investigatory powers proposed in the Competition Act more than meet the minimum standards for constitutionality articulated by the Supreme Court and yet will ensure effective enforcement of the law.

In an area of law requiring complex economic and business judgements, ensuring that the adjudicator has the necessary expertise to deal with competition issues is fundamental to the long term success of this reform. The Bill creates a new judicial body, the Competition Tribunal, to adjudicate the non-criminal provisions under the Competition Act. This Tribunal combines the best features of both the courts and tribunals to ensure that issues are throughly assessed, by knowledgeable decision makers, in a fair and impartial manner, with suitable rights of appeal.

The Government is committed to ending the competition policy debate and getting on with the job of modernizing our competition law. Competition law reform has dragged on far too long. This reform is far too important to the long-term health of our economy to allow the existing, outmoded legislation to languor in its current ineffectual state. After considerable discussion and consultation, there is substantial agreement on the reforms that are now required. This Bill represents a significant step toward economic renewal and should have a lasting impact on the efficiency and international competitiveness of the Canadian economy.

Réforme de la législation sur la concurrence

Guide

Canada

RÉFORME DE LA LÉGISLATION SUR LA CONCURRENCE

GUIDE

L'honorable Michel Côté
Ministre de la Consommation et des Corporations

décembre 1985

© Ministre des Approvisionnements et Services Canada 1985

N° de cat. RG 52-22/1985

ISBN 0-662-54182-0

TABLE DES MATIÈRES

	Page
RÔLE DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE	1
BRÈVE RÉTROSPECTIVE	2
NÉCESSITÉ DE LA RÉFORME	3
PRINCIPES DE LA RÉFORME	5
TRAVAIL PRÉPARATOIRE	7
ENGAGEMENT À L'ÉGARD DE LA RÉFORME	9
DISPOSITIONS PRINCIPALES DU PROJET DE LOI	10
Concurrence internationale	10
Compétence judiciaire	12
Pouvoirs d'enquête	15
Fusionnements	18
Préavis sur les fusionnements	22
Abus de position dominante	24
Pratique de prix à la livraison	27
Complots et questions connexes	29
Banques	33
Sociétés d'État	35
CONCLUSION	37

RÔLE DE LA POLITIQUE DE CONCURRENCE

La législation canadienne en matière de concurrence est une loi cadre qui établit les "règles du jeu" de l'exploitation d'une entreprise au Canada. Actuellement, c'est la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions qui prévoit ces règles de conduite. Elle a pour objet de faire en sorte que les entreprises se concurrencent dans un climat équitable et que les marchés fonctionnent efficacement. Voilà pourquoi la loi sur la concurrence est d'une importance fondamentale pour notre économie, où se mêlent entreprises publiques et privées. Cette loi cherche à éliminer certaines pratiques restrictives du commerce et à surmonter les méfaits de la réduction de la concurrence, qui tend à nuire à l'utilisation efficace des ressources économiques du Canada. Ses dispositions ne s'ingèrent pas directement dans la conduite des affaires, mais protègent plutôt la concurrence. Ainsi, plus la Loi est efficace, moins le gouvernement aura à intervenir directement dans l'économie. Il sera plus facile de s'y conformer si elle est claire et compréhensible. En outre, elle offrira un bon moyen de dissuader les comportements anti-concurrentiels dans la mesure où elle sera applicable.

La concurrence n'est pas une fin en soi, mais elle représente le meilleur stimulant de l'efficience, de la productivité et de la croissance industrielle du Canada. Une concurrence accrue profite directement aux consommateurs puisqu'elle fait baisser les prix, permet un plus grand choix et améliore la qualité tout en récompensant l'innovation et l'initiative. La concurrence laisse aux marchés le soin de jouer leur rôle fondamental, qui est de répartir efficacement les ressources, réduisant ainsi le besoin de recourir à l'intervention gouvernementale directe.

L'importance du rôle de la concurrence a récemment été réaffirmée par la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada. Le rapport recommandait de se fier davantage aux forces du marché pour assurer une reprise et une croissance économique soutenues. Il reconnaissait également que les marchés concurrentiels réduisent le besoin de réglementation et d'intervention directe du gouvernement. Le rapport soulignait aussi qu'il y va de l'intérêt des Canadiens de réformer leur politique de concurrence désuète. De plus, les recommandations qu'il énonçait s'avèrent compatibles avec les modifications proposées par le Gouvernement.

BRÈVE RÉTROSPECTIVE

En 1969, le Rapport du Conseil économique du Canada sur la politique de concurrence reconnaissait le besoin d'apporter des changements considérables à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions afin de s'assurer que les forces du marché jouent leur rôle fondamental, qui est de répartir efficacement et équitablement les ressources. Au nombre des changements recommandés figuraient le transfert des fusionnements et des monopoles (abus de position dominante) du droit pénal au droit civil ainsi que la création d'un tribunal spécialisé investi de pouvoirs de décision relatifs aux affaires civiles de la Loi. Ces recommandations ont été suivies d'un débat sur le fond et la forme des modifications qu'il fallait apporter pour renforcer et moderniser la Loi. Le débat s'est poursuivi avec le même intérêt au cours des 16 ans qui se sont écoulés depuis la parution du rapport.

En 1976, entraient en vigueur des modifications visant principalement certaines pratiques restrictives du commerce et élargissant le champ d'application de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions de manière à englober les services. Les dispositions de fond les plus importantes et les plus controversées sont cependant demeurées intactes. Les gouvernements précédents ont tenté à quatre reprises de les modifier, mais en vain. Trois des projets de loi présentés, C-256 (1971), C-42 (1977) et C-13 (1977-1979) se sont heurtés à une opposition bien organisée de la part des milieux d'affaires. Des consultations intensives avec le secteur privé et les administrations provinciales ont précédé la présentation du projet de loi C-29 en 1984. Ce projet de loi est lui aussi mort au feuilleton.

NÉCESSITÉ DE LA RÉFORME

Beaucoup de choses ont changé depuis les années 60. Nous avons connu une période de croissance économique soutenue, puis une période d'inflation très élevée, suivie d'une période de croissance économique inégale, puis enfin une période de chômage généralisé. Pendant ce temps, l'économie mondiale est devenue beaucoup plus compétitive. La nécessité de remanier en profondeur la très vieille loi canadienne sur la concurrence se fait donc encore plus pressante.

Les décisions rendues récemment concernant les dispositions sur les fusionnements et les complots ont créé beaucoup trop d'incertitudes et soulevé des questions vraiment sérieuses au sujet de leur applicabilité. De plus, la décision de la Cour suprême dans l'affaire Southam concluait que les pouvoirs de perquisition et de saisie prévus par la Loi étaient nuls et sans effet parce qu'ils violaient les garanties contre les perquisitions et saisies abusives enchassées dans la Charte canadienne des droits et libertés. L'affaire Southam a également soulevé des questions au sujet de la constitutionnalité des autres pouvoirs d'enquête conférés par la Loi et des doubles fonctions administratives et judiciaires de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (C.P.R.C.). En conséquence, il est urgent de revoir le rôle de la Commission et de rendre les pouvoirs d'enquête prévus par la Loi conformes aux dispositions de la Charte tout en maintenant leur efficacité.

L'évaluation d'activités économiques complexes à l'aide de dispositions de droit pénal constitue l'une des faiblesses fondamentales de la Loi. On considère depuis longtemps qu'il est inopportun d'examiner les fusionnements et les monopoles sous l'angle du droit pénal. Les modifications prévoient que ces affaires relèveront dorénavant du droit civil, ce qui permettra à l'autorité compétente de rendre des ordonnances correctives en vue de maintenir ou de rétablir la concurrence sur un marché. Certes les dispositions pénales actuelles permettent, dans des circonstances exceptionnelles, de rendre des ordonnances mais les pouvoirs d'imposer une amende ou une peine d'emprisonnement habituellement conférés par le droit pénal sont mal adaptés à l'objectif de la Loi, qui est de maintenir ou de rétablir la concurrence. En confiant à un Tribunal de la concurrence spécialisé le soin de trancher les affaires d'ordre civil, il sera possible d'obtenir un jugement mieux adopté, de s'appuyer sur une vision plus juste du monde des affaires, d'appliquer un processus plus flexible et surtout de prendre des décisions plus rapides et éclairées ce qui est tout à fait compatible avec la politique sous-jacente à la Loi. L'élimination du fardeau de la preuve exigé par le droit pénal améliorerait aussi l'applicabilité des dispositions sur les fusionnements et les abus de pouvoir de marché.

La portée de la Loi sera élargie de manière à englober les sociétés d'État fédérales et provinciales, mandataires de Sa Majesté, qui se livrent à des activités commerciales en concurrence avec d'autres entreprises. Cette approche s'inscrit aussi dans la ligne d'action de la politique du Gouvernement qui consiste à accroître l'efficacité des sociétés d'État soit en les privatisant, soit en les exposant aux forces du marché, au même titre que les entreprises du secteur privé.

De plus, afin de rationaliser l'application de la politique gouvernementale relative à la concurrence, la responsabilité d'instituer des enquêtes sur les accords anti-concurrentiels et les fusions bancaires sera transférée de l'Inspecteur général des banques au Directeur des enquêtes et recherches.

Le projet de loi change le nom de la Loi, qui est actuellement la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, pour celui de Loi sur la concurrence. Il précise aussi le rôle de l'efficience économique et de la concurrence internationale dans la politique de concurrence du Canada. La clause introductive portant sur l'objet de la nouvelle loi fait ressortir ces aspects essentiels. Le projet de loi tient compte de l'importance du commerce international en levant certaines des entraves contenues dans la loi actuelle qui découragent la création de consortiums d'exportation. Nombreux sont ceux qui reconnaissent la nécessité de tenir compte également du commerce international dans l'évaluation des fusionnements qui peuvent avoir des effets anti-concurrentiels.

L'exiguïté relative du marché canadien et l'importance générale du commerce international pour notre économie exigent que certains secteurs soient concentrés pour permettre la réalisation d'économies d'échelle ou autres gains d'efficience dont les entreprises ont besoin pour être concurrentielles sur les marchés mondiaux. Cependant, la tendance vers l'augmentation de la concentration a toujours été une préoccupation, et beaucoup de nos industries sont protégées contre la concurrence par de fortes barrières économiques et institutionnelles à l'entrée, comme les tarifs élevés. Le projet de loi constitue un ajustement aux réalités économiques actuelles car il permet à la loi de mieux tenir compte des répercussions sur l'industrie canadienne de la concurrence étrangère, tant sur les marchés canadiens que sur les marchés mondiaux.

Les consommateurs et les petites entreprises sont au nombre des premiers bénéficiaires d'une politique de concurrence efficace. La loi actuelle ne protège pas très bien ces deux groupes contre la conduite anti-concurrentielle des grandes entreprises dominantes. En renforçant la Loi et en la rendant plus efficace, le projet de loi assurera l'équité sur le marché, ce qui profitera aux consommateurs et favorisera le dynamisme et l'esprit d'initiative du secteur de la petite entreprise qui offre le plus grand potentiel au niveau de la création d'emplois.

PRINCIPES DE LA RÉFORME

En amorçant cette réforme, le Gouvernement a été guidé par un certain nombre de principes de base.

La loi en matière de concurrence doit fournir un cadre général en vue d'assurer que les marchés remplissent leur fonction fondamentale, qui est de répartir les ressources le plus efficacement possible. En renforçant le libre jeu des forces du marché, la Loi devrait favoriser l'efficience économique et réduire le besoin d'intervention gouvernementale directe.

La Loi doit reconnaître les caractéristiques uniques de l'économie canadienne, surtout l'importance considérable du commerce international. Une loi efficace sur la concurrence devrait améliorer la compétitivité du Canada sur les marchés internationaux en favorisant l'efficience économique et en renforçant le rôle des forces du marché. À cet égard, le rôle de la Loi sur la concurrence est d'aider les entreprises canadiennes à relever les défis de la mondialisation de l'économie.

Dans le contexte de cette réforme législative, il est essentiel de s'assurer que les règles du jeu soient justes et bien comprises. Même si parfois les modifications ne se résument qu'à changer quelques mots, elles apportent aux propositions précédentes des améliorations qui peuvent clarifier considérablement la Loi pour les gens d'affaires et contribuer à éliminer les cas de non-conformité involontaire. En outre, certaines ambiguïtés de la Loi qui découlent d'un certain nombre de décisions récentes des tribunaux ont dû être éliminées. Également, compte tenu de la priorité que le Gouvernement accorde à l'équité, il a été nécessaire de supprimer l'immunité judiciaire dont jouissent actuellement les sociétés d'État mandataires de Sa Majesté qui exercent des activités commerciales en concurrence avec d'autres entreprises.

Le Parlement reconnaît depuis longtemps le besoin de prévoir des pouvoirs d'enquête spéciaux afin d'appliquer efficacement la législation en matière de concurrence. Toutefois, comme le dit la décision de la Cour suprême dans l'affaire Southam, certaines garanties sont nécessaires afin d'assurer le respect des droits prévus dans la Charte canadienne des droits et libertés. En outre, il est impérieux de réévaluer la façon dont les affaires civiles de la Loi sont examinées afin que l'autorité compétente ait, dans les domaines économique et commercial, l'expertise voulue pour trancher les questions de concurrence, tout en garantissant l'équité des procédures et l'uniformité des décisions.

Les modifications doivent toutefois se limiter aux secteurs essentiels de la politique de concurrence qui ont le plus grand besoin de réforme.

Enfin, la Loi doit être à la fois efficace et applicable. Ce principe traduit, dans une certaine mesure, les autres principes qui guident le Gouvernement dans sa réforme législative. En particulier, si l'on veut en garantir le succès à long terme, il importe de prévoir des pouvoirs d'enquête adéquats et de clarifier la législation. On pourra ainsi non seulement corriger les comportements anti-concurrentiels, mais aussi et surtout améliorer le degré de conformité envers la Loi.

TRAVAIL PRÉPARATOIRE

Tout au long de l'année qui s'est écoulée, le Gouvernement a procédé à un examen exhaustif de la politique de concurrence actuelle et des modifications législatives qui avaient été proposées par le passé. Cet examen voulait être l'aboutissement d'une longue période consacrée à la révision de la législation sur la concurrence tout en permettant, cependant, que toutes les questions soient bien étudiées par les parties intéressées. Ce projet de loi a été introduit après un long processus de consultation approfondi et utile avec diverses parties intéressées dont les gouvernements provinciaux, les gens d'affaires, le secteur de la consommation, le milieu juridique et le monde du travail.

Après le discours du Trône de novembre 1984, débutait une consultation intensive auprès de nombreux intervenants. Au début, cette consultation a pris la forme de rencontres avec des intéressés et des groupes d'intérêts privés, où se sont discutées les différentes questions touchées par la législation ainsi que les options qui s'offraient. En mars 1985, un document de consultation énonçant les principales questions à examiner, était distribué à un grand nombre d'intéressés. Nous avons reçu une centaine de mémoires sans compter les nombreuses lettres. Beaucoup de ces exposés étaient d'une très grande qualité: ils traduisaient une étude attentive des questions et ils montraient que la réforme avait été envisagée sous l'angle d'une politique d'intérêt public. En avril, le ministre de la Consommation et des Corporations mettait sur pied un comité consultatif formé de gens d'affaires, d'avocats et d'experts renommés du secteur privé afin de discuter des points visés par la réforme. En mai, le Ministre a aussi rencontré les autorités antitrust de Grande-Bretagne et de la Communauté économique européenne.

À partir de juin 1985, le Ministre et les fonctionnaires du Ministère ont amorcé des discussions approfondies avec, entre autres, les représentants des principaux groupes suivants: le Conseil d'entreprises pour les questions d'intérêt national, l'Association des consommateurs du Canada, la Chambre de commerce du Canada, les Fabricants canadiens de produits alimentaires, l'Association des manufacturiers canadiens, l'Association du barreau canadien, l'Association canadienne de commercialisation des produits pétroliers, la Fédération canadienne de l'entreprise indépendante, l'Association des banquiers canadiens et la Fédération canadienne des distributeurs indépendants de produits pétroliers.

Cette consultation a permis d'apporter des améliorations considérables aux propositions antérieures et d'obtenir un plus large appui. Tous les intéressés conviennent généralement qu'il faut mener rapidement à bonne fin le long processus de révision de la législation canadienne sur la concurrence.

En février et en septembre 1985, la réforme de la politique de concurrence a été discutée aux rencontres fédérales-provinciales-territoriales des ministres de la Consommation et des Corporations. En réponse au document de consultation qui leur a été distribué au mois de mars 1985, plusieurs provinces se sont dites en faveur de la réforme soit dans leur mémoire ou soit autrement. En outre, grâce aux deux réunions générales tenues en février et en septembre et aux discussions bilatérales qui les ont suivies, il a été possible d'apporter une réponse aux craintes exprimées à l'égard, entre autres, de l'application de la législation sur la concurrence aux sociétés de la Couronne. En général, les provinces souscrivent fortement à cette réforme législative.

ENGAGEMENT À L'ÉGARD DE LA RÉFORME

La réforme de la législation canadienne sur la concurrence se fait attendre depuis longtemps. Le Gouvernement a reconnu l'importance des objectifs de la politique de concurrence dans son discours du Trône, dans le discours du budget et dans ses propositions et ses initiatives de réforme à l'égard des politiques ayant trait au transport et aux institutions financières. La législation canadienne sur la concurrence doit traduire ces objectifs.

Le Gouvernement s'est engagé à faire adopter des modifications législatives qui garantissent l'équité du marché à l'égard des consommateurs et des petites entreprises, réduisent la nécessité d'une intervention de l'État et améliorent l'aptitude des entreprises canadiennes à faire face à la concurrence étrangère tant sur les marchés domestiques qu'à l'extérieur du pays. Il s'agit là d'une politique essentielle qui complète la politique économique globale du Gouvernement, qui consiste à miser davantage sur le secteur privé pour favoriser le renouveau économique et une croissance économique soutenue. Une législation sur la concurence moderne et efficace favorisera l'efficience et l'innovation, et elle aura une influence positive sur les exportations, tous ces facteurs contribuant à la création d'emplois. La réforme proposée de la politique de concurrence vient également compléter les politiques gouvernementales en matière de réglementation et contribue à exposer plus intensément les sociétés d'État aux forces du marché.

DISPOSITIONS PRINCIPALES DU PROJET DE LOI

CONCURRENCE INTERNATIONALE

Dans les secteurs où biens et services traversent librement les frontières canadiennes, la concurrence internationale peut représenter une force rivale avec laquelle les producteurs canadiens doivent composer. Lorsque le Gouvernement a élaboré les propositions relatives au projet de loi, un de ses objectifs était de reconnaître, par la Loi, l'importance du commerce international pour notre économie. Il a également été souligné, dans le rapport de la Commission Macdonald, "... que dans la mesure du possible, le Canada devrait utiliser le commerce international pour assurer le maintien d'une concurrence dynamique sur le marché intérieur."

Le projet de loi reconnaît l'importance de la concurrence internationale dans plusieurs de ses éléments fondamentaux. La disposition traitant de l'objet de la Loi établit un cadre général qui guide l'interprétation de la Loi, souligne l'importance de fournir aux entreprises canadiennes l'occasion de participer aux marchés internationaux et reconnaît le rôle que joue la concurrence étrangère au Canada.

La disposition actuelle sur les fusionnements ne tient pas expressément compte du commerce international, mais porte plutôt sur le concept large de détriment du public. En revanche, le nouveau critère des fusionnements prend explicitement en considération la concurrence réelle ou potentielle provenant des importations en analysant les répercussions des fusionnements sur la concurrence. Lorsque le Tribunal évaluera les incidences d'un fusionnement, il devra aussi tenir compte des entraves à l'accès au marché pertinent. Ces entraves peuvent être des restrictions tarifaires et d'autres restrictions institutionnelles relatives à cet accès, comme les exigences en matière de licences. Il est ainsi indirectement tenu compte des pressions qu'exercent les importations sur les concurrents canadiens. Le Tribunal sera aussi amené à évaluer, lorsque la défense reliée à l'efficience sera soulevée, si l'accroissement de l'efficience découlant d'un fusionnement entraînera une hausse des exportations ou un remplacement de produits importés.

Deux autres dispositions du projet de loi reconnaissent l'importance du commerce international pour l'économie canadienne et le maintien d'une vive concurrence. En matière de complot, l'exemption relative aux exportations sera élargie afin de faciliter la formation de consortiums d'exportations et permettre ainsi aux entreprises canadiennes de livrer une plus forte concurrence sur le marché international. En outre, une nouvelle exemption sera adoptée relativement aux dispositions sur les complots et l'exclusivité, afin de faciliter la

conclusion d'accords de spécialisation visant à rationaliser la production entre les entreprises canadiennes pour mieux faire face à la concurrence étrangère. En vertu de la disposition proposée, le Tribunal sera amené à considérer si l'accroissement de l'efficience engendrée par un tel accord entraîne une hausse des exportations ou un remplacement de produits importés.

COMPÉTENCE JUDICIAIRE

Partage des compétences dans la loi actuelle

Aux termes de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, les compétences judiciaires sont actuellement partagées entre les tribunaux ordinaires et la Commission sur les pratiques restrictives du commerce (CPRC). Les cours ordinaires ont compétence à l'égard des affaires criminelles visées par la Partie V de la Loi, à savoir les complots, le truquage des offres, les fusions, les monopoles, la discrimination en matière de prix, le maintien des prix et la publicité trompeuse. Les cours constituent également l'autorité compétente relativement à la Partie VI de la Loi, laquelle porte sur des infractions telles l'obstruction à une enquête ou le défaut de se conformer à une ordonnance ou à un avis. La CPRC a compétence à l'égard des affaires civiles qui peuvent être examinées en vertu de la Partie IV.1 dont le refus de vendre, l'exclusivité, les ventes liées et la limitation du marché. En plus des pouvoirs de décision que lui confère la Loi, la CPRC s'acquitte d'un certain nombre de fonctions d'administration et d'enquête: elle autorise l'exercice des pouvoirs d'enquête (récemment invalidés par la Cour suprême dans l'affaire Southam), préside à l'interrogation des témoins par le directeur dans le cadre d'une enquête, elle examine les exposés de preuve soumis par le directeur et en fait rapport et elle fait des enquêtes sur l'état de la concurrence dans un marché ou dans une industrie.

Nécessité de la réforme

Le Rapport provisoire sur la politique de concurrence rédigé en 1969 par le Conseil économique du Canada déclarait que le transfert d'une partie de la législation sur la concurrence du droit criminel au droit civil, devrait être accompagné par la création d'un tribunal spécialisé chargé de trancher ces affaires. Dans le rapport qu'ils ont rédigé en 1976, Lawrence A. Skeoch et Bruce C. McDonald ont émis la même opinion en soulignant toutefois qu'il faudrait dégager cet organisme des fonctions de surveillance et d'élaboration de politiques ministérielles. Récemment, la Cour suprême du Canada a repris ce point de vue.

Dans l'affaire Southam, la Cour suprême a jugé que les fonctions d'enquête de la CPRC, telles que le pouvoir de recueillir des preuves à l'aide d'audiences et d'ordonner la tenue d'enquêtes plus approfondies, altéraient sa capacité d'agir à titre d'autorité impartiale pour autoriser les fouilles, perquisitions et saisies. Rendue en vertu de la Charte canadienne des droits et libertés, cette décision a fait ressortir le besoin de créer un organisme judiciaire qui serait libéré des doubles rôles (enquête et décision) que la CPRC avait joués par le passé.

Le choix de l'autorité compétente est une question qui a été très discutée au cours de la longue histoire des modifications de la Loi.

Plusieurs intervenants ont proposé de confier les affaires de concurrence aux cours ordinaires en soutenant maintes fois qu'elles produisent des décisions uniformes et qu'elles offrent des droits d'appel clairs et complets. D'autres ont dit favoriser le recours à un tribunal spécialisé parce qu'il permettrait de compter sur une plus grande expertise dans les domaines des affaires et de l'économie, et bénéficierait d'une plus grande latitude pour répondre à des changements économiques ou sociaux précis. En particulier, les spécialistes du milieu sont mieux en mesure de saisir et de transmettre la réalité du monde des affaires.

Tout compte fait, le Gouvernement croit qu'il est plus approprié que ces affaires soient jugées par un tribunal spécialisé dont la structure serait hautement juridique et qui serait composé de juges et d'experts non-juristes. Néanmoins, le Gouvernement convient qu'il est très important que la Loi prévoit explicitement un système de décision qui assure impartialité, équité dans les procédures et certitude, trois composantes associées avec raison aux cours ordinaires.

Nouvelle disposition

Le projet de loi propose la création d'un Tribunal de la concurrence qui sera formé de juges de la Cour fédérale, Division de première instance, et de non-juristes. Cependant, c'est un juge qui agira à titre de président du Tribunal. Les juges nommés vaqueront à leurs activités régulières lorsque leurs fonctions auprès du Tribunal de la concurrence ne les occuperont pas. Les membres non-juristes seront rémunérés sur une base journalière et, par conséquent, leurs services seront requis seulement lorsque le Tribunal siégera. La Commission sur les pratiques restrictives du commerce sera donc abolie.

Le Tribunal ne remplira que des fonctions décisionnelles. Il ne sera pas tenu de surveiller l'exercice des pouvoirs d'enquête du directeur, d'instituer des enquêtes ni de conseiller le gouvernement en matière de recherche et de politique. Ainsi, l'article 47 de la loi actuelle, qui concerne les enquêtes de recherches, sera abrogé. S'il venait à se présenter des situations où il deviendrait nécessaire de faire des recherches sur l'état de la concurrence dans un secteur d'activité précis, le gouvernement pourra toujours recourir aux dispositions générales de la Loi sur les enquêtes afin que soit mise sur pied une commission spéciale d'enquête.

D'après les propositions, seuls les juges seront habilités à trancher les questions de droit. Les non-juristes et les juges évalueront ensemble les faits ainsi que les questions mixtes de droit et de faits. Cette proposition est semblable au Tribunal du marché suédois et à la Cour des pratiques restrictives du Royaume-Uni.

Les décisions du Tribunal pourront faire l'objet d'appels devant la Cour d'appel fédérale, tout comme s'il s'agissait de décisions rendues par la division de première instance de la Cour fédérale.

Les nominations relèveront du gouverneur en conseil. Dans le cas des juristes, le ministre de la Justice présentera à cet effet ses recommandations au gouverneur en conseil. Quant aux non-juristes, ils seront également nommés par le gouverneur en conseil après que le ministre de la Consommation et des Corporations ait soumis ses recommandations. Ce dernier devra auparavant prendre conseil auprès d'un Comité consultatif prévu par la Loi et composé de représentants du milieu de la petite et de la grande entreprise, du monde juridique, du secteur de la consommation et du monde du travail. Le projet de loi vise également à garantir l'expertise au sein du Tribunal et du Comité consultatif en précisant que les membres du Comité doivent être nommés pour leur expérience dans les domaines de l'industrie, du commerce et des affaires publiques.

Pour conclure, le Gouvernement estime que la structure hybride du Tribunal de la concurrence alliera le meilleur des deux mondes offert par les cours ordinaires et les tribunaux spécialisés. Il existe parmi les parties consultées un appui considérable envers cette proposition.

POUVOIRS D'ENQUÊTE

Rôle de ces dispositions

Il est difficile de bien appliquer la loi sur la concurrence. Les pratiques commerciales contraires à la Loi sont souvent très complexes, bien cachées et systématiquement appliquées depuis longtemps. Les principes qui ont guidé la formulation de la loi initiale en 1910 et des modifications subséquentes qui lui ont donné, au début des années 50, son aspect actuel, étaient basés sur l'élaboration d'une procédure d'enquête efficace adaptée à ces affaires. Les pouvoirs d'enquête du Directeur des enquêtes et recherches doivent lui permettre de déterminer si une infraction a été commise ou s'il est justifié de demander que soit rendue une ordonnance en vertu des dispositions civiles.

Outre les difficultés que présente le dépistage des infractions, les affaires de concurrence se caractérisent par des problèmes d'application particuliers. Étant donné que les enquêtes instituées aux termes de la Loi supposent souvent l'évaluation de la conduite d'une entreprise en fonction des effets économiques probables de cette conduite, elles donnent lieu à une analyse exceptionnellement complexe et souvent orientée vers le futur. Pour prendre des décisions éclairées, l'organisme chargé d'appliquer la Loi doit avoir suffisamment de renseignements y compris de l'information documentaire. Le processus est encore plus compliqué lorsqu'une preuve de l'intention est exigée ou lorsque, aux termes du droit pénal, la preuve doit être établie au-delà de tout doute raisonnable. Par conséquent, pour appliquer la Loi en présence de ces éléments cruciaux, il faut des pouvoirs d'enquête efficaces, dont des pouvoirs de perquisitionner des locaux et de saisir des documents, d'exiger des rapports écrits de renseignements et des preuves sous serment et d'assigner des témoins à comparaître ou à produire des documents.

Nécessité de la réforme

La nécessité de réexaminer les pouvoirs d'enquête prévus par la Loi est devenue de plus en plus évidente pour deux raisons. D'abord, la décision de la Cour suprême dans l'affaire Southam a rendu inopérants les pouvoirs de saisie accordés par la Loi. Ensuite, la décriminalisation de certains types de comportements susceptibles d'avoir des effets anti-concurrentiels et la plus grande place allouée à la preuve de nature économique par les nouvelles propositions ont soulevé d'autres questions importantes au sujet de l'efficacité des pouvoirs d'enquête conférés par la loi actuelle.

L'entrée en vigueur de la Charte canadienne des droits et libertés est à l'origine de plusieurs contestations de la constitutionnalité des pouvoirs d'enquête actuels. Dans l'affaire Southam, par exemple, la Cour suprême du Canada a jugé que le pouvoir de perquisition conféré par l'article 10 de la Loi était nul et sans effet puisqu'il violait les

garanties contre les perquisitions et les saisies abusives enchassées dans la Charte. Bien que les dispositions de perquisition et de saisie du Code criminel soient utilisées pour le moment, il est impossible d'y recourir pour faire respecter les dispositions civiles de la Loi. Le pouvoir de citer des témoins à comparaître a également fait l'objet d'un examen minutieux dans les affaires de la Ligue nationale de hockey et des Formulaires commerciaux. Ces événements et les autres litiges liés à ces pouvoirs révèlent qu'il faut de toute urgence adopter des pouvoirs efficaces et conformes aux droits incorporés dans la Charte.

Dans l'affaire Southam, la Cour a également décidé que les fonctions d'enquête de la CPRC - notamment le pouvoir de recueillir des preuves au moyen d'audiences et d'instituer des enquêtes plus approfondies - étaient incompatibles avec sa capacité d'autoriser, à titre d'organisme juridique impartial, l'exercice des pouvoirs de perquisition. C'est pourquoi il fallait concevoir des méthodes d'autorisation nouvelles pour s'assurer que de telles questions soient désormais tranchées par une autorité impartiale. En recréant les pouvoirs d'enquête, le Gouvernement a tenté d'équilibrer le besoin de tenir une enquête approfondie pour les fins d'une application efficace de la loi et la nécessité de protéger le droit à la vie privée à laquelle le public peut raisonnablement s'attendre, entre autres, le droit d'être protégé contre les fouilles, perquisitions et saisies abusives.

Outre la restructuration des pouvoirs de perquisition, des changements seront également apportés aux pouvoirs d'assignation. Il en résulte un ensemble de mesures cohérentes élaboré de manière à assurer une bonne application de tous les aspects de notre législation sur la concurrence tout en protégeant les droits et libertés enchassés dans la Charte. Les principales questions auxquelles il faut s'attaquer dans le cadre de cette démarche comprennent: le choix de l'autorité compétente pour permettre l'exercice des pouvoirs d'enquête, la formulation d'une norme pour la délivrance des mandats et des citations et pour la surveillance des audiences au cours desquelles des témoignages oraux seront entendus avant même que des procédures officielles ne soient instituées contre un individu ou une entreprise.

Nouvelle disposition

Les propositions incluent une codification complètement modifiée des dispositions de la présente loi qui portent sur les pouvoirs d'enquête. Au nombre de ceux-ci figurent le pouvoir de perquisition et de saisie aux fins des enquêtes menées au criminel et au civil, le pouvoir d'ordonner la tenue d'audiences devant un président ainsi que le pouvoir d'ordonner la production de documents et de rapports écrits assermentés.

Toutes ces dispositions contiendront des garanties supérieures aux normes minimales prévues par la Charte et le droit coutumier. Par

exemple, seuls les juges des cours supérieures ou autres cours ordinaires seront habilités à surveiller l'exercice des pouvoirs d'enquête. En outre, il faudra avoir des motifs raisonnables de croire que des preuves pertinentes à une enquête se trouvent dans les locaux devant être perquisitionnés avant que les mandats de perquisition ne soient décernés. Des garanties semblables s'appliqueront à l'émission d'assignations à comparaître ou d'ordonnances concernant la production de documents.

Il y aura des dispositions particulières qui décriront les conditions relatives à l'utilisation des ordinateurs durant les perquisitions. Il y aura également une procédure codifiée qui protégera le secret professionnel liant l'avocat à son client, et les règles sur la confidentialité des enquêtes et des renseignements obtenus par le directeur seront renforcées.

FUSIONNEMENTS

Rôle de la loi sur les fusionnements

En 1969, dans son Rapport sur la politique de concurrence, le Conseil économique du Canada stipulait que "la principale raison d'inclure les fusions dans la politique publique est que, pour la plupart, celles-ci provoquent, dans la structure de l'industrie, des changements qui peuvent avoir de profondes répercussions sur la tenue future de l'économie". Le rapport de la Commission royale sur l'union économique et les perspectives de développement du Canada arrivait à la conclusion suivante: "un pays moderne avec une économie de marché ouverte doit disposer dans son code civil, de moyens qui lui permettent d'empêcher les fusions horizontales ou verticales contraires à l'intérêt public". Toutefois, les commissaires ont également souligné que, "dans la mesure du possible, le Canada devrait utiliser le commerce international pour assurer le maintien d'une concurrence dynamique sur le marché intérieur."

Au Canada, une nouvelle loi sur les fusionnements devrait garantir que seuls les fusionnements qui engendrent une réduction inacceptable de la concurrence et, ainsi, nuisent à la performance globale de l'économie, soient interdits ou modifiés par le Tribunal de la concurrence. Cette loi ne devrait pas être trop restrictive et interdire des fusionnements qui, tout compte fait, engendrent un accroissement considérable de l'efficience, mais elle devrait être efficace et protéger l'intérêt public par des marchés concurrentiels et efficients.

Le principal problème est qu'un changement structural spécifique, comme le fusionnement de deux concurrents, peut avoir un effet tantôt favorable tantôt défavorable sur l'économie et que l'impact réel de la transaction ne peut être connu avant un certain temps. Cela vaut particulièrement pour le Canada, où le marché est relativement petit et de plus en plus ouvert. Dans certains secteurs d'activité économique, les entreprises peuvent devoir se fusionner pour réaliser des économies d'échelle et accroître leur efficacité à d'autres niveaux comme le font déjà leurs rivales étrangères plus imposantes. Parallèlement, plusieurs secteurs industriels sont occupés par des entreprises domestiques qui ne sont pas exposées à la présence contraignante de concurrents étrangers sur le marché canadien. Dans ces cas, un fusionnement peut inutilement éliminer des points de vente ou des sources d'approvisionnement ou en diminuer le nombre et peut ainsi réduire la concurrence. On ne peut donc présumer dès le départ que les effets d'un fusionnement seront bénéfiques ou néfastes. On doit plutôt tenir compte d'une gamme de facteurs, comme le milieu commercial international, les obstacles à l'accès au marché et la nature du marché en question. Par conséquent, une loi sur les fusionnements doit tenir compte de tous les facteurs pertinents à une évaluation efficace, fondée sur une approche cas par cas, des répercussions économiques éventuelles.

Il s'agit là d'un élément essentiel d'une politique de concurrence efficace pour le Canada. Sans une loi appropriée en matière de fusionnements, des incidences négatives se feront sentir sur le rendement à long terme de l'économie. Bien qu'il puisse subsister une certaine concurrence après la réalisation d'un fusionnement qui réduit sensiblement la concurrence, il n'en demeure pas moins que cette réduction cause des dommages à l'économie. Cependant, dans certaines industries, un fusionnement qui réduit la concurrence peut, tout compte fait, être bénéfique pour l'économie dans la mesure où il engendre un accroissement de l'efficience qui fait plus que compenser les coûts dus à la réduction de la concurrence. C'est pourquoi, une loi appropriée en matière de fusionnements devrait être basée non sur le niveau de concurrence qui subsiste après réalisation du fusionnement, mais plutôt sur les effets économiques d'une telle transaction.

Nécessité de la réforme

La loi canadienne actuelle concernant les fusionnements est généralement considérée comme étant inefficace. Depuis son entrée en vigueur il y a 75 ans, aucune condamnation n'a été prononcée dans une affaire de fusionnement contesté. De fait, parce que l'application du droit pénal dans ce contexte est très difficile, la Couronne n'a, depuis l'adoption de la disposition, saisi les tribunaux que de huit affaires comportant une accusation de fusionnement illégal. Cette situation peut découler du lourd fardeau de la preuve qu'impose le droit pénal (il faut prouver l'infraction au-delà de tout doute raisonnable) qui, en outre, ne se prête pas à l'étude d'une preuve économique complexe et à l'évaluation d'effets souvent non encore survenus.

Un simple passage au droit civil ne constituerait pas une réforme suffisante de la loi. On considère que l'actuelle disposition sur les fusionnements est fondamentalement mal adaptée à l'économie canadienne, qui est relativement petite et ouverte. Les entreprises canadiennes doivent souvent concurrencer des rivaux étrangers plus imposants, au pays comme à l'extérieur. Dans de telles circonstances, on ne devrait pas les empêcher de réaliser des économies d'échelle qui amélioreraient leur position concurrentielle. Une loi sur les fusionnements efficace pour le Canada doit soupeser les avantages de l'efficience économique et les inconvénients d'une réduction de la concurrence.

Cependant, un grand nombre d'industries canadiennes ne sont pas exposées à la concurrence étrangère parce qu'elles sont protégées par des barrières instutionnelles ou économiques, comme c'est le cas de plusieurs industries dans le secteur des services. Certains fusionnements ne peuvent être justifiés par la nécessité de faire concurrence à des rivaux étrangers de plus grande envergure, et peuvent s'avérer plus nuisibles aux intérêts économiques canadiens lorsque la concurrence éventuelle ou réelle provenant de l'extérieur du pays n'est pas là pour maintenir l'efficience dans les entreprises canadiennes. Par conséquent, le critère de concurrence appliqué aux fusionnements doit refléter le contexte commercial canadien.

Nouvelle disposition

La loi sur les fusionnements proposée dans le projet de loi est basée sur les répercussions du fusionnement, à savoir si la concurrence est ainsi réduite sensiblement. C'est le critère utilisé par la plupart des pays industrialisés dont les États-Unis et le Japon. Pour évaluer si la concurrence est sensiblement réduite, le Tribunal sera amené à examiner un certain nombre de facteurs tels que: l'ampleur de la concurrence étrangère dans le marché pertinent en vue de déterminer si elle a une influence disciplinaire suffisante sur le marché, la possibilité d'une faillite imminente de l'entreprise acquise, l'existence de produits de remplacement et les obstacles à l'entrée sur le marché particulier. Ces éléments ont été insérés afin de faciliter l'interprétation de la disposition et aider le milieu des affaires à prévoir le mieux possible les implications légales d'un fusionnement projeté.

En outre, le Tribunal ne pourra pas juger qu'un fusionnement diminue sensiblement la concurrence d'après les seuls éléments de preuve concernant la part ou la concentration du marché. Une telle disposition est prévue en vue de s'assurer que l'examen du Tribunal est plus qu'un simple exercice arithmétique et qu'il porte sur les aspects tant qualitatif que quantitatif de la concurrence, évitant ainsi l'adoption d'une vision trop structuraliste de la loi. La concurrence est un rouage dynamique et n'additionner que les parts de marché impliquées dans un fusionnement ne révèle parfois que très peu de choses au sujet des incidences du fusionnement sur la concurrence.

La nouvelle disposition sur les fusionnements prévoira également un moyen de défense dans les cas où les gains en efficience qui résulteraient du fusionnement feraient plus que compenser les coûts dus à la réduction de la concurrence. Pour des raisons de rendement économique, il importe de permettre la réalisation d'épargnes importantes au niveau des coûts, par exemple grâce à des économies d'échelle ou à d'autres moyens. En outre, le Tribunal sera amené à évaluer si l'accroissement de l'efficience engendrera une augmentation des exportations ou un remplacement des produits importés.

Au cours des consultations sur la réforme, un certain nombre d'intéressés ont soutenu que le critère de la concurrence en matière de fusionnement devrait consister à déterminer s'il subsistera une concurrence réelle ou sensible après le fusionnement. Cette approche consisterait à choisir un niveau minimum de concurrence pour toutes les industries sans égard à la réduction de la concurrence engendrée par le fusionnement. Puisqu'il est préférable d'être en présence d'une concurrence plutôt forte que faible et qu'il serait très difficile de satisfaire un tel critère, le Gouvernement croit que l'adoption d'une proposition de ce genre équivaudrait à laisser la loi sur les fusionnements dans son état actuel. Il est à noter qu'aucun autre pays n'emploi le critère de la "concurrence subsistante". À cause de la

concurrence étrangère ou potentielle, la grande majorité des fusionnements horizontaux échapperaient à pareille loi et il serait presqu'impossible de faire obstacle aux fusionnements verticaux. Ainsi, les fusionnements qui ne créent pas de monopole absolu mais qui tout de même réduisent sensiblement la concurrence seraient définitivement permis. Ce résultat est clairement inacceptable et ne respecte pas l'objectif premier, qui est de renforcer la loi canadienne sur les fusionnements.

Les entreprises en coparticipation La question du traitement à réserver aux entreprises en coparticipation en vertu de la loi sur les fusionnements a également été soulevée au cours des consultations. Il s'agit d'un sujet délicat, surtout parce que le concept d'"entreprises en coparticipation" est loin d'être précis. Néanmoins, on reconnaît que ces entreprises améliorent souvent le rendement et la production dans l'économie et, par conséquent, peuvent avoir des incidences économiques souhaitables. Par contre, elles peuvent être un instrument visant à réduire la concurrence ou diviser des marchés et, dans ce cas, elles devraient tomber sous le joug de la loi sur la concurrence. Les propositions assujettiront les entreprises en coparticipation pouvant potentiellement réduire la concurrence à la même mesure législative que les autres fusionnements.

Au Canada, un nombre impressionnant d'entreprises en coparticipation opèrent dans les secteurs des ressources naturelles et du pétrole, possiblement en raison des risques et des coûts élevés liés aux activités d'exploration et de développement. Il est également admis que les programmes de recherche-développement sont très importants pour le rendement global de l'économie canadienne et son aptitude à concurrencer les entreprises étrangères, et qu'il peut être indiqué d'apporter une mesure spéciale pour les entreprises en coparticipation formées pour la recherche et le développement.

Virtuellement toutes les fois qu'elles s'engagent dans des projets spéciaux d'où résulte une augmentation de la production qui autrement n'aurait pas eu lieu, les entreprises en coparticipation sont bénéfiques. Puisque dans ces cas aucun effet nuisible sur la concurrence n'est à prévoir, de telles entreprises ne seraient évidemment pas touchées par la disposition sur les fusionnements. Cependant, pour plus de certitude, une exemption applicable à certains types d'entreprises en coparticipation sera prévue dans la nouvelle loi sur les fusionnements. Ces entreprises en coparticipation devront avoir une structure particulière et concerner soit un projet spécial soit un programme de recherche et développement. Pour profiter de cette exemption, elles devront également prévoir que leur expiration coïncide avec la fin du projet ou du programme.

PRÉAVIS SUR LES FUSIONNEMENTS

Rôle de la disposition

L'actuelle Loi relative aux enquêtes sur les coalitions ne renferme pas de disposition prévoyant la signification d'un préavis lorsqu'un fusionnement de grande envergure est projeté, même si des dispositions semblables existent déjà aux États-Unis, au Japon, en Allemagne de l'ouest et en Australie. Sans l'appui d'une disposition relative au préavis obligatoire, la nouvelle loi sur les fusionnements ne pourrait être aussi efficace vis-à-vis ceux qui sont potentiellement anti-concurrentiels. En effet, dans son rapport de 1977 portant sur le projet de loi C-42, le Comité permanent des finances, du commerce et des questions économiques soulignait: "D'après l'expérience, et plus particulièrement l'expérience américaine, on se rend compte qu'une fois que le mal est fait, il est parfois trop tard pour invoquer un recours approprié, même si la fusion est finalement considérée comme anticoncurrentielle".

Une loi efficace en matière de fusionnements doit interrompre les transactions qui créent des situations anti-concurrentielles d'où peuvent survenir des prix plus élevés et/ou une production plus faible qu'en situation de concurrence. Une disposition sur le préavis a pour but de permettre que soient examinés soigneusement et en temps opportun les quelques fusionnements qui sont susceptibles d'avoir des incidences négatives sur la concurrence. Si l'on permettait, sans révision préalable, la réalisation de tels fusionnements, les consommateurs pourraient être désavantagés par un choix moindre et des prix possiblement plus élevés. La liquidation d'un fusionnement réalisé dont on a constaté les effets nuisibles sur la concurrence n'entraîne que des distorsions additionnelles dans la répartition des ressources et risque de léser des tierces parties. Après qu'un pareil fusionnement est complété, les personnes directement impliquées font face à des poursuites très coûteuses qui suscitent de l'incertitude. Le fait d'assujettir à un système de préavis les projets de fusionnements de grande envergure permettra aux parties impliquées de prendre dès le départ des décisions éclairées et d'évaluer, à la lumière de la disposition sur les fusionnements, les implications de la transaction proposée.

Nouvelle disposition

Les parties à un fusionnement proposé ne devront signifier un préavis que si deux limites sont franchies. Premièrement, les parties doivent, avec leurs affiliées, détenir au Canada des éléments d'actifs dont la valeur dépasse 500 millions de dollars ou réaliser un revenu annuel total des ventes au Canada, provenant du Canada ou venant de l'étranger en direction du Canada, qui dépasse cette somme. Concernant la transaction elle-même, le projet de loi propose un second seuil de 35 millions de dollars en termes de ventes ou d'éléments d'actifs. Il

existe aussi une liste d'exemptions comprenant les acquisitions résultant d'une forclusion et les transactions entre affiliées. Bien que la disposition soit élaborée de façon à permettre aux gens d'affaires de s'y conformer de leur propre chef, elle prévoit cependant des sanctions lorsqu'il y a défaut à cet égard.

Les parties à une transaction proposée devront attendre sept ou vingt-et-un jours avant qu'elles ne puissent compléter le fusionnement, selon qu'elles auront choisi de faire parvenir au directeur les renseignements exigés dans le formulaire abrégé ou ceux contenus dans le formulaire plus détaillé. Le directeur peut recourir au délai de 21 jours s'il juge qu'il a besoin d'obtenir la deuxième série de renseignements. Par contre, une fois qu'il a reçu les renseignements détaillés, le directeur ne peut pas forcer les parties à lui en fournir d'autres ou leur imposer un délai additionnel. Une disposition précise portera tout spécialement sur les actions devant être acquises par l'intermédiaire d'une bourse, afin de s'assurer que le délai alors applicable soit compatible avec la période accordée par les règlements de cette bourse en ce qui concerne le moment où l'acquisition d'actions doit être parachevée.

Les dispositions sur le préavis qui étaient contenues dans les dernières propositions ont été jugées beaucoup trop complexes. Grâce en grande partie à une présentation plus ordonnée et plus systématique des dispositions, cette partie du projet de loi actuel est plus intelligible. Il n'en demeure pas moins que le préavis de fusionnements est un sujet complexe. Il est difficile de présenter des dispositions qui sont à la fois simples et complètes. Celles-ci reflètent un juste équilibre entre ces deux objectifs.

Enfin, dans un effort visant à éliminer toute incitation à favoriser une méthode de fusionnement par rapport à une autre, le seuil relatif à la valeur de la transaction sera basé sur le revenu et les éléments d'actifs, et dans le cas d'acquisitions d'actions, il sera fondé sur la valeur sous-jacente des actifs correspondants. Cette uniformité fera en sorte que la disposition sur le préavis n'incitera pas les parties à modifier leur transaction afin d'éviter d'avoir à se conformer aux exigences concernant le préavis.

ABUS DE POSITION DOMINANTE

Rôle de la disposition

Pour rester compétitives sur un marché international de plus en plus intégré, certaines entreprises canadiennes devront prendre une envergure mondiale. Cela signifie que les entreprises de certains secteurs d'activité devront obtenir une dimension imposante par rapport à l'exiguïté du marché national. Bien que les grosses entreprises peuvent bénéficier d'économies d'échelle au chapitre de la production, de la distribution et de la recherche et développement, leur envergure peut quelques fois leur donner un pouvoir de marché dont elles peuvent se servir pour réduire la concurrence.

Le comportement anti-concurrentiel d'entreprises dominantes impose des limites artificielles à la concurrence et nuit ainsi à la répartition efficace des ressources sur le marché. Dans un contexte économique sain et dynamique, les biens et services sont fournis par les entreprises qui peuvent les produire le plus efficacement et s'adapter aux fluctuations perpétuelles de la demande sur le marché. La disposition proposée sur l'abus de position dominante agira de manière à ce que les entreprises dominantes concurrencent leurs rivales au niveau de l'efficacité et non en abusant de leur position de force sur le marché. La disposition est très importante pour la protection des consommateurs, des nouveaux venus sur le marché et, en particulier, des petites entreprises.

Nécessité de la réforme

Il est proposé de remplacer l'infraction criminelle sur les monopoles prévue à l'article 33 de la loi actuelle par une disposition civile sur l'abus de position dominante. La disposition portant sur le monopole n'a pas donné les résultats escomptés, et ce, pour plusieurs raisons. Premièrement, au même titre que la fusion, le comportement que l'article sur les monopoles cherche à éliminer n'est généralement pas considéré comme étant de nature criminelle. À cela s'ajoute le problème que de nombreux effets associés au comportement monopolistique ne peuvent être observés sur le champ puisqu'ils ne surviennent que plus tard.

Deuxièmement, la disposition actuelle portant sur le monopole ne vise pas clairement le coeur du problème: le comportement anti-concurrentiel. Conformément à sa présente définition, un monopole est une situation dans laquelle une ou plusieurs personnes contrôlent un marché et exploitent ou semblent devoir exploiter leur entreprise "au détriment de l'intérêt du public". Malheureusement, l'expression "au détriment de l'intérêt du public" est une norme extrêmement vague qui n'aide guère les tribunaux à déterminer quel genre de comportement le Parlement entend censurer. Par surcroît, cette notion a entraîné la présentation d'arguments qui n'étaient aucunement reliés à la

concurrence et à l'abus de pouvoir de marché. En axant la disposition sur le comportement anti-concurrentiel, par opposition aux notions de monopole et de "détriment du public", la loi sera plus claire, plus efficace et plus facile à appliquer.

Troisièmement, les sanctions habituellement prévues en droit pénal ne sont pas celles qu'il convient d'imposer pour remédier aux abus de pouvoir de marché. En droit civil, l'autorité compétente peut émettre des ordonnances qui sont adaptées au comportement particulier de l'entreprise coupable d'une infraction. Ces ordonnances représentent vraisemblablement les mesures les plus efficaces pour corriger les abus d'une entreprise et rétablir la concurrence sur le marché.

Nouvelle disposition

La disposition proposée sur l'abus de position dominante relèvera du droit civil, et permettra de corriger des situations où des entreprises s'adonnent à des pratiques anti-concurrentielles. Cette disposition mettra l'acent sur le comportement de l'entreprise. Par ailleurs, la disposition est élaborée de façon à ne pas entraver par inadvertance les comportements farouchement pro-concurrentiels. Ainsi, les pratiques visées devront avoir un dessein anti-concurrentiel. De plus, une défense basée sur le rendement concurrentiel supérieur sera prévue.

Les éléments qui devront être prouvés sont les suivants: premièrement, "une ou plusieurs personnes" devront contrôler pour une grande part ou complètement, dans tout le Canada ou quelqu'une de ses régions, une catégorie ou espèce d'entreprises. Cet élément est basé sur la définition de monopole contenue dans la loi actuelle. En conservant les mots "une ou plusieurs", la Loi pourra encore s'appliquer à un comportement auquel se livre des personnes non-affiliées. Cela signifie que l'article s'appliquera, en certaines circonstances, à des situations de "domination conjointe".

La possibilité de limiter l'application de la disposition à l'entreprise unique en adoptant un seuil de pouvoir de marché moins élevé, comme la "position dominante sur le marché", a également été étudiée. Lors des consultations, on a exprimé de part et d'autre sa préférence pour l'une et l'autre de ces deux solutions. Toutefois, il existe très peu d'industries canadiennes où le marché n'est contrôlé que par une seule entreprise. Il fut donc estimé que la combinaison des concepts de "domination conjointe" et de "contrôle d'une grande part ou complet" offrirait une meilleure protection aux petites entreprises et aux consommateurs.

Deuxièmement, l'entreprise dominante devra s'être livrée à une pratique d'agissements anti-concurrentiels dont l'objet est de réduire la concurrence. Il existe une liste de pratiques qui sert à illustrer le type de comportement qui peut être considéré par le Tribunal comme

anti-concurrentiel, tel que: la compression des marges bénéficiaires d'un client non-intégré verticalement, l'utilisation de marques de combat et la péréquation du fret. La liste n'est pas exhaustive afin que les agissements dont la nature est semblable à ceux qui y sont énumérés puissent aussi être considérés comme anti-concurrentiels par le Tribunal. Tous les agissements de la liste réfèrent au dessein ou au but poursuivi par la société dominante, ceci pour s'assurer que le comportement visé n'est pas, en fait, un comportement concurrentiel raisonnable.

Troisièmement, il doit s'agir d'une pratique d'agissements anti-concurrentiels qui a eu, a ou aura vraisemblablement pour effet d'empêcher ou de réduire sensiblement la concurrence sur le marché. Ce critère de réduction de la concurrence est employé dans la loi actuelle et dans la disposition proposée sur les fusionnements.

Par ailleurs, la disposition prévoit une défense selon laquelle aucune ordonnance ne pourra être rendue lorsque la réduction de la concurrence résulte du rendement concurrentiel supérieur de l'entreprise ou des entreprises dominantes. C'est le consommateur qui gagne lorsque l'innovation ou l'application d'un système de distribution amélioré amènent une entreprise à distancer ses rivales sur le marché. Si des concurrents sont évincés du marché parce qu'un autre répond mieux qu'eux aux besoins des consommateurs, il ne s'agit alors pas d'un abus de pouvoir de marché, mais plutôt d'une conséquence naturelle de la concurrence. Cette défense a été ajoutée à la disposition pour que la loi ne couvre que les abus de pouvoir de marché.

La marge discrétionnaire du Tribunal dans les cas d'abus de position dominante sera limitée à l'imposition des rectificatifs nécessaires pour surmonter les répercussions des pratiques anti-concurrentielles et rétablir la concurrence sur le marché. Du même coup, on s'assurera que les forces concurrentielles répartissent efficacement les ressources de manière que leur utilisation soit la plus juste et la plus efficace possible. Dans bien des cas, le Tribunal pourra simplement choisir d'interdire la continuation des pratiques à l'égard desquelles le directeur a entamé des poursuites. Cependant, si un tel correctif est considéré comme insuffisant, la disposition prévoit des ordonnances obligeant les entreprises à se départir d'éléments d'actifs ou toute autre mesure de redressement que le Tribunal estimera nécessaire pour rétablir la concurrence sur le marché.

PRATIQUE DE PRIX À LA LIVRAISON

Nécessité de la réforme

La loi actuelle ne comprend aucune disposition traitant précisément des problèmes de concurrence qui découlent de l'application de systèmes de prix à la livraison. La pratique consistant à imposer le prix à la livraison est un moyen par lequel un fournisseur d'un produit peut diviser l'ensemble d'un marché en zones entre lesquelles les prix sont différents. C'est une pratique bien légitime lorsque le fournisseur s'en sert pour absorber les coûts de transport et ainsi être plus compétitif dans une zone où la concurrence est relativement féroce. En imposant, dans les autres zones, des frais de transport plus élevés que le coût réel, le fournisseur peut cependant soutirer des prix supérieurs à ceux qui seraient engendrés par une concurrence plus vive et coordonner ses prix avec ses concurrents selon une méthode particulière. C'est ce qu'on entend souvent par l'imposition de frais "fantômes".

Les méthodes d'application de prix à la livraison peuvent aussi être utilisées pour maintenir des prix uniformes même si les différentes entreprises n'ont jamais discuté ou conclu une entente sur les prix. Dans ces cas, un tel système constitue un moyen fiable et simple de transmettre des renseignements sur les prix sans contrevenir à l'interdiction sur les complots. Ce système de prix pourrait être brisé si les fournisseurs permettaient aux acheteurs de transporter eux-mêmes les marchandises. Toutefois, les fournisseurs qui jouissent d'un assez grand pouvoir de marché peuvent empêcher que cela ne se produise. Autrement dit, un acheteur peut se voir forcer de verser à un fournisseur des frais de transport à partir d'un point de vente donné, bien qu'il eût pu se rendre à un autre point de vente, acheter les marchandises du même fournisseur et se charger lui-même de l'expédition, le tout à un coût moindre.

Nouvelle disposition

Le projet de loi créera une nouvelle disposition civile portant sur les prix à la livraison, expression qui sera définie comme étant la pratique de refuser à un client la livraison d'un article en un lieu où le fournisseur effectue la livraison de cet article à d'autres clients à des termes et conditions similaires. Le Tribunal de la concurrence sera habilité à interdire une pratique de prix à la livraison lorsqu'un client ou un client éventuel se voit refuser un avantage qui lui serait autrement accessible et qui ne peut être obtenu ailleurs sur le marché.

La disposition sur le prix à la livraison contenue dans les propositions précédentes a fait l'objet de critiques, car elle ne faisait part d'aucun critère portant sur l'état de la concurrence au sein des marchés concernés. Habituellement, la pratique du prix à la livraison n'est pas une activité qui réduit la concurrence, mais elle

dénote plutôt l'absence d'une vive concurrence. Voilà pourquoi il ne serait pas approprié d'exiger la preuve que cette pratique réduit la concurrence. Il est toutefois normal que l'on cherche à déterminer si elle reflète le manque de concurrence au sein d'un marché donné. Par conséquent, la nouvelle disposition ne s'appliquera pas si l'article en question peut être obtenu ailleurs sur le marché géographique en question.

Le Tribunal ne pourra rendre une ordonnance portant sur le prix à la livraison si, pour se conformer à cette ordonnance, la personne visée doit investir considérablement dans ses installations. Ainsi, un fournisseur n'aura pas à investir dans de nouvelles facilités d'expédition ou d'entreposage pour satisfaire un client qui, après que le Tribunal sur la concurrence ait rendu sa décision, décide de prendre livraison du produit directement à l'usine du fournisseur.

Certains ont également exprimé leurs craintes à l'effet que la disposition pourrait, en certaines circonstances, nuire à l'intégrité des normes de qualité d'un produit commercialisé sous un nom déterminé. Par conséquent, une exemption sera également prévue pour les articles vendus en connexion avec une marque de commerce lorsqu'il peut être établi que l'imposition du prix à la livraison est nécessaire pour maintenir la qualité du produit.

COMPLOTS ET QUESTIONS CONNEXES

La disposition législative interdisant la formation de complots pour restreindre le commerce est la pierre angulaire de la législation canadienne sur la concurrence. Les accords visant à fixer les prix, diviser les marchés, restreindre l'entrée de nouvelles entreprises sur le marché ou réduire la concurrence par d'autres moyens sont des pratiques contraires aux principes les plus fondamentaux du système de libre marché et nuisent à l'efficience et au rendement de l'économie. Par contre, lorsque chacune des entreprises réagit aux forces du marché en toute indépendance, la société en retire les plus grands avantages en termes de prix, de production, de choix et d'innovations. Cependant, lorsque les agents économiques se soustraient aux contraintes des forces du marché et essaient de s'enrichir aux dépens des consommateurs et d'autres entreprises en concluant des accords anti-concurrentiels, c'est à la fois le public et l'ensemble de l'économie qui en souffrent. Les prix sont alors plus élevés que ceux qui existeraient en situation de concurrence. Des effets négatifs se font également sentir aux niveaux de l'efficience et de l'innovation puisqu'avec la conclusion d'arrangements administratifs qui entravent le libre cours des forces du marché et de la concurrence, disparaissent l'élément disciplinaire et l'esprit d'initiative auparavant présents.

Nécessité de la réforme

En général, la présente disposition sur les complots a assez bien fonctionné. Cependant, un certain nombre de décisions judiciaires rendues récemment ont créé beaucoup d'incertitudes au sujet de la loi et affaibli son efficacité. De même, on s'entend généralement pour dire que les amendes imposées récemment pour avoir enfreint cette disposition n'ont pas été assez fortes pour dissuader la formation d'accords anti-concurrentiels ni pour empêcher que, somme toute, aucun bénéfice ne puisse être tiré de ces agissements criminels. Selon le Gouvernement, pour renforcer et éclaircir la loi, le Parlement devrait réaffirmer son intention relativement à l'application de la disposition et aux sanctions qu'elle devrait prévoir. Enfin, étant donné que le commerce international prend de plus en plus d'importance pour l'économie canadienne, l'exemption relative aux accords d'exportation devrait être éclaircie et étendue.

Nouvelle disposition

Pour clarifier la disposition sur les complots, deux paragraphes seront ajoutés. L'un portera sur la preuve à produire pour démontrer l'existence d'une entente. De par leur nature, les complots sont en général des accords secrets et clandestins. Par conséquent, il y a habituellement très peu de documents qui réfèrent à de tels accords.

Les tribunaux ont reconnu cette réalité et, jusqu'à tout récemment, l'existence d'un complot pouvait être inférée de preuves circonstancielles. Un tel raisonnement fut élaboré au fils des années

par une jurisprudence uniforme. Cependant, la décision rendue par la Cour suprême du Canada en 1980 dans l'affaire Sucre Atlantic a créé de l'incertitude. Ce jugement pourrait être interprété comme rejetant l'utilisation de preuves circonstantielles pour démontrer l'existence d'un accord à moins qu'il n'existe une preuve directe de communication.

Il est proposé d'ajouter à la disposition actuelle sur les complots un paragraphe qui énoncerait clairement que l'existence d'un accord peut être prouvée à partir de preuves circonstantielles, avec ou sans preuve directe de communication entre les parties. Ceci devrait éliminer l'ambiguïté qui existe dans l'interprétation de la loi actuelle. Il importe de souligner que ce paragraphe ne change rien au fait que, dans le cadre d'une poursuite, l'existence d'un accord doit être prouvée hors de tout doute raisonnable.

L'autre nouveau paragraphe porte sur l'intention requise. Depuis que la Cour suprême du Canada a rendu ses jugements dans les affaires Assurance Aetna et Sucre Atlantic, il est possible de soutenir que la Couronne doit établir la preuve que non seulement les parties en cause avaient l'intention de conclure l'accord, mais aussi qu'elles avaient l'intention de réduire indûment la concurrence. Cette interprétation de la loi impose à la Couronne un fardeau de preuve extrêmement lourd. Auparavant, la Couronne devait seulement établir la preuve que les accusés avaient l'intention de conclure l'accord. Cette exigence appelée "intention unique" s'accorde avec le principe selon lequel l'infraction reliée au complot repose sur l'accord en tant que tel.

Il est proposé d'ajouter un paragraphe à la disposition actuelle sur les complots afin qu'elle soit explicitement basée à nouveau sur l'exigence de "l'intention unique". Le paragraphe proposé prescrit qu'il est nécessaire d'établir la preuve que les parties en cause avaient l'intention de comploter et l'avaient effectivement fait, sans qu'il ne soit toutefois nécessaire de prouver qu'elles avaient l'intention de réduire indûment la concurrence. Évidemment, il sera encore nécessaire pour la Couronne de prouver que l'accord réduirait indûment la concurrence s'il était mis à exécution.

Il est aussi proposé de faire passer l'amende maximale applicable suite à des condamnations pour complots de 1 million à 5 millions de dollars. Les tribunaux recevront ainsi un message clair leur indiquant que le Parlement considère le complot comme étant une infraction criminelle très sérieuse requérant de la fermeté envers les contrevenants.

Le Gouvernemnt croit que le dynamisme et l'esprit d'initiative des Canadiens entraîneront un renouveau économique si leurs énergies se déploient au sein d'un marché libre et concurrentiel. Les accords et les ententes en vue de restreindre la concurrence ne peuvent qu'étouffer l'esprit d'initiative et l'efficacité et ont pour effet de léser les consommateurs. Ces propositions renforceront et clarifieront la Loi en

ce qui a trait aux accords anticoncurrentiels et indiqueront, sans équivoque, aux gens d'affaires et aux tribunaux que de telles pratiques ne seront plus tolérées.

Accords d'exportation Depuis 1961, la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions prévoit une exemption particulière pour les accords d'exportation, étant donné l'importance du commerce international pour l'économie canadienne. Beaucoup de gens ont toutefois allégué que le libellé de cette exemption est imprécis, trop restrictif et décourage possiblement la formation de consortiums d'exportation. De toute évidence, des modifications visant à clarifier et à élargir cette exemption s'imposent, afin que le Canada maintienne et améliore sa situation importante en matière d'échanges internationaux. Ce changement correspond à l'engagement du Gouvernement d'accroître la participation et la compétitivité du Canada sur les marchés internationaux.

L'alinéa 32(5)d) de la loi actuelle annulle l'exemption relative à l'exportation si un accord réduit indûment la concurrence relativement à un produit vendu sur le marché intérieur. L'incertitude quant à savoir si un accord d'exportation aura un effet de débordement sur le marché domestique peut dissuader la formation de consortiums d'exportation. Par conséquent, en abrogeant l'alinéa 32(5)d), le Parlement établira clairement que les effets non voulus et accessoires des accords d'exportation sur le marché canadien ne vont pas à l'encontre de la disposition sur les complots dans la mesure où ces accords se rattachent seulement à l'exportation de produits du Canada.

Dans la loi actuelle, un accord d'exportation ne peut bénéficier de cette exemption s'il entraîne une réduction du volume des exportations du Canada. Cependant, si les prix à l'exportation augmentent suffisamment pour compenser toute réduction du volume, la position du Canada n'est que meilleure. Le mot" volume" apparaissant à l'alinéa 32(5)a) sera donc remplacé par l'expression "valeur réelle", étant donné qu'il peut être possible pour des consortiums d'exportation de promouvoir leurs produits à l'étranger de manière à ce que des augmentations des prix fassent plus que compenser les réductions dans le volume des expéditions.

L'actuelle exemption relative à l'exportation est aussi inapplicable si l'accord restreint ou affaiblit le commerce d'exportation d'un concurrent au pays qui n'est pas partie à l'accord (alinéa 32(5)b)), ou restreint les possibilités pour une personne d'entrer dans le commerce d'exportation de produits du Canada (32(5)c)). Étant donné que les deux alinéas portent principalement sur les restrictions à l'endroit de concurrents canadiens, l'exemption sera élargie davantage et la loi clarifiée en fondant les alinéas 32(5)b) et 32(5)c) en un seul alinéa visant les accords qui empêchent ou dissuadent les concurrents canadiens d'entrer dans le commerce d'exportation ou de développer un tel commerce.

Accords de spécialisation Le marché canadien est relativement modeste par rapport à ceux de nos principaux partenaires commerciaux. Par surcroît, plusieurs industries canadiennes sont composées de sociétés qui produisent sur une échelle réduite une vaste gamme de produits différents. Voilà pourquoi plusieurs entreprises canadiennes n'ont pu tirer profit des économies d'échelle potentielles aux niveaux de la production, de la distribution et de la mise en marché. Il est donc possible que certaines industries puissent accroître leur efficience en se spécialisant davantage et en allongeant leurs chaînes de production. La rationalisation et la restructuration de certaines industries deviennent d'autant plus nécessaires que l'on assiste actuellement à une compétitivité de plus en plus forte sur l'échiquier économique mondial et à une économie canadienne de plus en plus exposée au commerce international. De tels ajustements pourraient être effectués à l'aide d'ententes réciproques selon lesquelles chaque partie accepterait d'interrompre la production d'un ou plusieurs articles.

L'insertion, dans la Loi sur la concurrence, d'une nouvelle disposition concernant les accords de spécialisation devrait accroître l'efficience économique et rendre nombre d'industries canadiennes plus aptes à faire face à la concurrence étrangère. La nouvelle disposition s'appliquera tant aux services qu'aux articles. Elle exemptera des dispositions en matière de complot et d'exclusivité, les accords de spécialisation qui seront approuvés et inscrits au registre par le Tribunal.

Le Tribunal pourra approuver un tel accord s'il juge que sa mise en oeuvre engendrera vraisemblablement un accroissement de l'efficience plus que suffisant pour compenser les coûts dus à la réduction de la concurrence. Le Tribunal sera amené à examiner si une augmentation des exportations ou un remplacement des importations par des biens et services produits au Canada résultera de l'accroissement de l'efficience. La disposition ne s'appliquera qu'aux accords volontaires et les parties ne pourront forcer quiconque à faire partie de l'accord.

Il incombe au Tribunal de déterminer la durée de l'accord puisque la disposition n'y prescrit aucune limite. Par ailleurs, si l'accord engendre non seulement un accroissement de l'efficience mais aussi une réduction de la concurrence, le Tribunal pourra rendre son ordonnance conditionnelle notamment à une obligation de se départir d'éléments d'actifs, à une augmentation du nombre de licences d'exploitation de brevets, à une réduction des tarifs ou à la suppression des contingentements en matière d'importation.

BANQUES

Nécessité de la réforme

En vertu des modifications apportées en 1976 à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, selon lesquelles les services devenaient assujettis aux dispositions de la Loi, et des modifications apportées à la Loi sur les banques en 1980, la responsabilité d'appliquer la politique de concurrence dans le secteur des institutions financières était octroyée au Directeur des enquêtes et recherches, sauf en ce qui concerne les fusions et les accords interbancaires. Le partage actuel des compétences pour l'application de la politique de concurrence aux banques a été réprouvé et jugé inefficace. Il est donc proposé d'abroger la disposition de la Loi sur les banques qui porte sur les fusions et de transférer, dans la Loi sur la concurrence, celle qui a trait aux accords interbancaires afin de rationaliser cet aspect de l'application de la politique de concurrence. Les fusions de banques seront évidemment assujetties, elles aussi, à la Loi sur la concurrence.

Le Gouvernement reconnaît la grande importance qu'ont les banques à charte pour l'économie canadienne. Pour s'assurer que les politiques du Gouvernement favorisent le bon fonctionnement du secteur financier, la ministre d'État aux Finances a publié un Livre vert intitulé La réglementation des institutions financières du Canada: Propositions à considérer. Les propositions contenues dans le projet de loi sont compatibles avec les principes identifiés dans le Livre vert lequels guideront l'élaboration des politiques dans ce secteur. Une plus grande protection des consommateurs ainsi que la promotion de la concurrence, de l'innovation et de l'efficience comptent parmi ces principes directeurs.

Nouvelle disposition

Bien que le ministre des Finances aura toujours le pouvoir d'approuver les fusions, les acquisitions et les accords bancaires, le directeur assumera tout de même l'entière responsabilité de l'application de la politique de concurrence à l'égard des banques. L'article 309 de la Loi sur les banques, qui interdit les accords anti-concurrentiels entre banques, sera abrogé et une disposition semblable sera insérée dans la Loi sur la concurrence. En effet, l'importance considérable que revêt l'industrie bancaire pour l'économie canadienne stipule qu'il est essentiel que le public bénéficie de la concurrence, tant dans ce secteur que dans les autres sphères de l'économie. À cette fin, il importe d'interdire les ententes anti-concurrentielles conclues entre banques afin de s'assurer que les taux d'intérêt et les frais de service imposés aux emprunteurs ainsi que les taux d'intérêt et les services alloués aux déposants par les banques soient déterminés par les forces du marché. D'après le nouvel article, certains accords interbancaires seront illégaux en soi. Il s'agit, entre autres, des accords ou des ententes concernant les taux d'intérêt sur les dépôts ou les prêts ou concernant les montants des frais de

services. Il y a aussi un paragraphe qui exemptera de l'application de cet article des ententes particulières relativement, entre autres, à la mise au point de normes et à l'échange de renseignements de solvabilité.

Durant les quinze dernières années, la conjugaison d'un certain nombre de facteurs a engendré une intensification de la concurrence entre les différents types d'institutions financières. Cette tendance devrait se poursuivre sous l'impulsion de la réforme de la réglementation, des développements sur le marché des capitaux et des initiatives prises par les institutions financières en vue de se diversifier. Bien que l'application d'une politique de concurrence uniforme pour toutes les institutions financières pourrait être souhaitable, aucun changement de fond à l'article 309 de la Loi sur les banques n'est proposé pour le moment.

En outre, les dispositions de la nouvelle loi ayant trait aux fusionnements s'appliqueront aux fusions de banques puisque l'exemption actuelle qui apparaît aux articles 255 et 273 de la Loi sur les banques sera abrogée. Cependant, étant donné le rôle particulier que jouent les banques, ces dispositions ne s'appliqueront pas si le ministre des Finances certifie au directeur que la fusion est souhaitable dans l'intérêt du système financier.

SOCIÉTÉS D'ÉTAT

Les sociétés d'État jouent un rôle important au sein de l'économie canadienne. Bien qu'elles puissent constituer un outil de grande valeur lorsque vient le temps de mettre en oeuvre les politiques du gouvernement, leur présence ne doit pas nuire à l'efficience et la compétitivité du secteur privé. La libre concurrence oriente les ressources des industries et des sociétés là où elles sont le plus nécessaires. Cependant, lorsque toutes les parties ne sont pas liées par les mêmes règles du jeu des distorsions sont inévitables.

Les sociétés d'État qui ne sont pas mandataires de Sa Majesté sont assujetties à la loi actuelle, alors que les sociétés mandataires ne le sont pas. Une nouvelle disposition de la Loi sur la concurrence fera en sorte que les sociétés d'État qui sont mandataires de Sa Majesté devront se conformer aux mêmes règles commerciales que les autres parties, lorsqu'elles livrent concurrence à d'autres entreprises. Cette proposition correspond également à la politique du Gouvernement, qui consiste à accroître l'efficience des sociétés d'État en les privatisant ou en les exposant aux forces du marché, tout comme le sont les entreprises du secteur privé.

Nécessité de la réforme

Dans la récente affaire Eldorado Nucléaire/Uranium Canada, la Cour suprême du Canada a soutenu que les sociétés de la Couronne mandataires de Sa Majesté n'étaient pas assujetties à la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions. Par conséquent, deux des six sociétés accusées d'avoir enfreint la disposition de la Loi en matière de complot ont échappé aux poursuites parce qu'elles étaient des sociétés de la Couronne. Bien que la majorité des juges se soient sentis liés par la Loi d'interprétation, ils ont conclu "qu'il semblait y avoir une contradiction avec les notions fondamentales de l'égalité devant la loi".

Le Gouvernement est d'avis que cette situation est intenable et qu'il faut y remédier en modifiant la Loi. Il croit que les sociétés d'État se livrant à des activités commerciales doivent être responsables devant la loi au même titre que les entreprises du secteur privé. Dans bien des cas, les activités courantes des sociétés d'État n'ont que peu de lien direct avec les objectifs gouvernementaux. Par conséquent, de telles sociétés devraient être obligées de faire une concurrence équitable aux entreprises privées.

Nouvelle disposition

La Loi sur la concurrence sera assortie d'un nouvel article qui liera les sociétés d'État fédérales et provinciales, mandataires de Sa Majesté, à l'égard de leurs activités commerciales exercées en concurrence avec d'autres entreprises.

L'article ne fait pas mention, comme le faisaient les propositions précédentes, des activités commerciales des sociétés d'État qui sont directement reliées à leurs activités régulatrices. Cette exemption explicite était destinée à exclure de l'application de la Loi les activités régulatrices de surveillance de certaines sociétés d'État, comme la Commission canadienne du blé et la Commission canadienne du lait. Les commentaires du grand public ont toutefois montré que l'article suscitait incertitude et ambiguïté.

L'exemption des conduites réglementées, établie d'après la jurisprudence entourant la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions, suffit à assurer que les sociétés d'État, qu'elles soient chargées de réglementer elles-mêmes ou assujetties à une réglementation réelle, ne soient pas couvertes par l'application de la nouvelle loi. Cela est d'autant plus vrai que l'objet de la disposition consiste seulement à retirer l'immunité judiciaire dont jouissent actuellement les mandataires de Sa Majesté vu l'absence, dans la Loi, d'une disposition explicite à ce sujet. Cela n'a pas pour objet et n'a pas non plus pour effet d'empiéter sur les décisions rendues par les tribunaux en ce qui concerne les conduites réglementées, ce qui est un élément complètement distinct.

CONCLUSION

Le Gouvernement s'est engagé à miser davantage sur les forces du marché et le secteur privé pour favoriser le renouveau économique et, dans cette perspective, à faire adopter des modifications afin de renforcer et de moderniser la législation canadienne sur la concurrence. Tout au long de l'année, le Gouvernement a examiné minutieusement la législation sur la concurrence de concert avec des groupes et des particuliers représentant la majorité des secteurs de la société canadienne. Par suite de cet examen, une série de modifications ont été formulées, dont de nouvelles propositions ainsi que des améliorations importantes aux modifications proposées dans les projets de loi antérieurs. Le rapport de la Commission royale Macdonald sur l'économie a aussi signalé la nécessité de réviser la législation canadienne sur la concurrence. Qui plus est, l'orientation fondamentale des propositions contenues dans le présent projet de loi est compatible avec les recommandations que la Commission a formulées à cet égard.

Toutefois, la concurrence n'est pas une fin en soi. Elle constitue plutôt le meilleur moyen de répartir les ressources économiques de façon impartiale et, de ce fait, favorise l'efficience économique et l'équité du marché. La loi reliée à la politique de concurrence établit un cadre administratif qui permet aux forces du marché d'être le principal régulateur de l'activité économique. Le changement du titre de la loi pour celui de, Loi sur la concurrence, met en lumière son importance pour l'application de la politique de concurrence du Canada. Une loi efficace dans ce domaine réduit le besoin d'intervention directe de l'État. Elle prend une importance accrue à mesure que se poursuit le mouvement de déréglementation.

Une loi efficace en matière de concurrence peut avoir des répercussions importantes sur l'aptitude des entreprises canadiennes à conserver les marchés d'exportation actuels et à entrer sur de nouveaux marchés étrangers, ainsi qu'à concurrencer les importations sur le marché intérieur. Cette réforme améliorera la compétitivité internationale du Canada non seulement en favorisant l'efficience et en renforcant les forces du marché, mais aussi en supprimant de la loi actuelle des obstacles qui découragent la création de consortiums d'exportation. En outre, une loi efficace sur la concurrence devrait accroître la flexibilité et l'adaptabilité de l'économie. L'économie internationale devenant de plus en plus concurrentielle et la réduction à long terme du taux réel de protection douanière se poursuivant, il faut réexaminer les dispositions de notre loi sur la concurrence susceptibles de nuire à la rationalisation et à la restructuration de certaines industries canadiennes. Afin d'atteindre cet objectif, la nouvelle loi tiendra expressément compte de la concurrence internationale.

Les consommateurs et les petites entreprises sont parmi les principaux bénéficiaires d'une politique de concurrence efficace. Un comportement anti-concurrentiel, qui entraîne une augmentation des prix et une baisse de la production ou du nombre de concurrents, ou qui restreint d'une autre manière la concurrence peut nettement avoir des effets très néfastes sur les petites entreprises, les nouveaux concurrents et les consommateurs. Il faut, de toute évidence, renforcer la Loi afin d'assurer l'équité sur les marchés et maintenir le dynamisme et l'esprit d'initiative du secteur de la petite entreprise qui a un potentiel énorme au chapitre de la création d'emplois. Le projet de loi s'attaquera à cette question sur plusieurs fronts importants.

Conformément à la priorité accordée par le Gouvernement à l'équité sur le marché, les sociétés d'État, mandataires de Sa Majesté, qui se livrent à des activités commerciales en concurrrence avec d'autres entreprises, seront assujetties à la Loi sur la concurrence. De plus, la responsabilité de mener des enquêtes portant sur les accords et les fusionnements dans le secteur bancaire passera de l'Inspecteur général des banques au Directeur des enquêtes et recherches. Cette rationalisation dans l'application de la politique de concurrence améliorera l'efficacité du Gouvernement dans l'application de ses politiques en général.

Enfin, dans l'affaire Southam, la Cour suprême a parlé assez clairement de l'incompatibilité des dispositions de la Loi relative aux enquêtes sur les coalitions qui ont trait aux pouvoirs de perquisition et de saisie avec la Charte canadienne des droits et libertés. La décision rendue dans cette affaire a aussi soulevé des questions importantes concernant la constitutionnalité des autres pouvoirs d'enquête prévus dans la Loi. Tout en permettant une application efficace de la Loi, les pouvoirs d'enquête prévus dans la Loi sur la concurrence vont au-delà des normes minimales établies par la Cour suprême pour assurer leur constitutionnalité.

Dans un domaine juridique qui requiert des jugements touchant des aspects complexes de l'économie et des affaires, garantir que l'autorité compétente a l'expertise nécessaire pour examiner les questions de concurrence est essentiel au succès à long terme de la réforme envisagée. Le projet de loi crée un nouvel organisme judiciaire, le Tribunal de la concurrence, qui examinera les affaires relevant du droit civil en vertu de la Loi sur la concurrence. Ce tribunal réunira les avantages des cours ordinaires et des tribunaux spécialisés afin que les questions soient étudiées minutieusement, équitablement et impartialement par des spécialistes, le tout sujet à des droits d'appel adéquats.

Le Gouvernement s'est engagé à clore le débat sur la politique de concurrence. La réforme de la législation sur la concurrence a déjà trop traîné. Cette réforme a beaucoup trop d'impact sur la prospérité à long terme de notre économie pour permettre à l'actuelle loi, dépassée et inefficace, de continuer à exister sans être modifiée. Après maintes discussions et consultations, on s'entend généralement sur les changements qui s'imposent. Le projet de loi actuel constitue un grand pas vers le renouveau économique et devrait avoir des répercussions durables sur l'efficience et la compétitivité internationale de notre économie.